

## LAUDO ARBITRAL

EDUARDO ALEJANDRO ORJUELA RODRÍGUEZ

Contra

KPMG LTDA., GUSTAVO AVENDAÑO LUQUE, LUIS ORLANDO DELGADILLO,  
VICENTE JAVIER TORRES VÁSQUEZ, GERARDO BUENDÍA BUENO, JORGE  
HUMBERTO RÍOS GARCÍA, CAMILO GONZÁLEZ SEGURA, PEDRO ÁNGEL PRECIADO  
VILLARRAGA, MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO, IGNACIO CORTÉS  
CASTAN, CARLOS ALBERTO BERNAL BOTERO, JOSÉ HILARIO SANABRIA  
CABALLERO, ELVIA MARÍA BOLÍVAR PUERTA, LUIS ORLANDO LUGO LEÓN,  
GONZALO OCHOA RUIZ, MARIA LIGIA CIFUENTES ZAPATA Y JUAN PABLO  
MURCIA FAJARDO

Bogotá D.C., tres (3) de noviembre de dos mil quince (2015).

Agotado el trámite del proceso y dentro de la oportunidad prevista por la ley para este efecto, procede el Tribunal de Arbitraje integrado por los árbitros GUSTAVO CUBEROS GÓMEZ, Presidente, CAMILA DE LA TORRE BLANCHE y PEDRO RAFAEL LAFONT PIANETTA, con la secretaría de FERNANDO PABÓN SANTANDER a dictar el laudo que pone fin a este trámite y que resuelve las diferencias contractuales surgidas entre EDUARDO ALEJANDRO ORJUELA RODRÍGUEZ parte convocante (en lo sucesivo, la convocante) y KPMG LTDA., GUSTAVO AVENDAÑO LUQUE, LUIS ORLANDO DELGADILLO, VICENTE JAVIER TORRES VÁSQUEZ, GERARDO BUENDÍA BUENO, JORGE HUMBERTO RÍOS GARCÍA, CAMILO GONZÁLEZ SEGURA, PEDRO ÁNGEL PRECIADO VILLARRAGA, MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO, IGNACIO CORTÉS CASTAN, CARLOS ALBERTO BERNAL BOTERO, JOSÉ HILARIO SANABRIA CABALLERO, ELVIA MARÍA BOLÍVAR PUERTA, LUIS ORLANDO LUGO LEÓN, GONZALO OCHOA RUIZ, MARIA LIGIA CIFUENTES ZAPATA Y JUAN PABLO MURCIA FAJARDO parte convocada (en lo sucesivo, la convocada).

El presente laudo se profiere en derecho, dentro de la oportunidad conferida por la ley y con el voto unánime de los árbitros integrantes del Tribunal.

## **CAPÍTULO PRIMERO:**

### **ANTECEDENTES DE ESTE PROCESO ARBITRAL SINOPSIS DE SU CONTENIDO Y DEL TRÁMITE.**

#### **1. CONFORMACIÓN DEL ARBITRAJE Y DESARROLLO DEL TRÁMITE PRELIMINAR.**

- 1.1. La solicitud de convocatoria tiene como fundamento la cláusula compromisoria contenida en la Escritura Pública 3637 de 7 de diciembre de 2004 de la Notaría 25 de Bogotá, vale decir aquella que se encuentra en los Estatutos Sociales de KPMG, cuyo contenido es el siguiente: *"Las diferencias que puedan ocurrir entre los socios o entre éstos y la sociedad y relacionados con el contrato social se someterán a la decisión de un Tribunal de Arbitramento integrado por tres árbitros cuya designación corresponde a la Cámara de Comercio de Bogotá a solicitud de cualquiera de las partes. Los árbitros deben ser ciudadanos colombianos en ejercicio de sus derechos civiles, abogados inscritos y dictarán su fallo en derecho"*.
- 1.2. El 5 de junio de 2013, con fundamento en la cláusula transcrita, la convocante mediante apoderado judicial designado para el efecto, solicitó la convocatoria del tribunal de arbitraje pactado, con el objeto que se hicieran las declaraciones y condenas que se transcriben posteriormente.
- 1.3. Mediante el sistema de sorteo público, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, se designaron los árbitros que integrarían el presente Tribunal, a saber, los doctores Gustavo Cuberos Gómez, Camila de la Torre Blanche, Pedro Rafael Lafont Pianetta. Los árbitros designados aceptaron en forma oportuna los nombramientos.
- 1.4. El 23 de enero de 2014 se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitraje en la que se designó como Presidente al doctor Gustavo Cuberos Gómez y al doctor Fernando Pabón Santander como Secretario (Acta No. 1, folios 556 a 568 del Cuaderno Principal N° 1).
- 1.5. En la misma audiencia, el Tribunal admitió la demanda arbitral presentada por la parte convocante.

- 1.6. El 12 de febrero de 2014 se notificó a las convocadas el auto admisorio de la demanda y se surtió el traslado por el término legal de 20 días hábiles, con entrega de copias de la demanda y de sus anexos.
- 1.7. El 17 de febrero de 2014, la convocada interpuso recurso de reposición contra el auto admisorio. Dicho recurso fue negado mediante providencia de 12 de marzo de 2014.
- 1.8. El 21 de abril de 2014, la convocada, por conducto de apoderado designado para el efecto, presentó contestación de la demanda.
- 1.9. En la misma fecha, la convocada también presentó demanda de reconvención contra la convocante, en los términos que se precisan en acápite posterior.
- 1.10. Mediante auto de 7 de mayo de 2014, el Tribunal admitió la demanda de reconvención y dispuso dar traslado de la misma, en los términos de ley.
- 1.11. Mediante memorial presentado el 19 de mayo de 2014, la convocante interpuso recurso de reposición contra el auto admisorio de la reconvención. Dicho recurso fue negado mediante auto de 5 de junio de 2014.
- 1.12. El 7 de julio de 2014, la convocante presentó escrito de contestación a la demanda de reconvención.
- 1.13. Por auto de 15 de julio de 2014, se dio traslado a la parte convocante, por el término legal de cinco días y para los efectos del artículo 21 de la Ley 1563 de 2012, del escrito de contestación de la demanda en el que la convocada propuso excepciones de mérito. En la misma oportunidad y para los mismos efectos se dio traslado a la convocada del escrito de contestación de la demanda de reconvención en el que la convocante propuso excepciones de mérito.
- 1.14. El 20 de agosto de 2014, la convocada presentó escrito de reforma de la demanda de reconvención. Mediante auto de 28 de agosto siguiente, el Tribunal admitió la reforma de la demanda de reconvención y dio traslado de la misma a la convocada.

- 1.15. El 12 de septiembre de 2014, la convocante presentó escrito de contestación a la reforma de la demanda de reconvención.
- 1.16. De dicho escrito se dio traslado a la convocada por auto de 26 de septiembre de 2014.
- 1.17. El 8 de octubre de 2014, tuvo lugar la audiencia de conciliación, diligencia que culminó sin que las partes llegaran a acuerdo conciliatorio alguno.
- 1.18. En la misma audiencia de 8 de octubre de 2014, el Tribunal señaló el monto correspondiente a los gastos y honorarios del Tribunal. Dentro del término previsto en el inciso primero del artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, la parte convocada entregó a órdenes del Árbitro Presidente, la totalidad de las sumas de dinero fijadas por concepto de honorarios de los árbitros, secretario, gastos de funcionamiento y otros.
- 1.19. El 23 de enero de 2015, se dio inicio a la primera audiencia de trámite, en la cual el Tribunal decidió sobre su propia competencia. Dicha audiencia se suspendió y se reanudó el 2 de febrero de 2015, oportunidad en la que el Tribunal decidió no revocar el auto en el que se declaró competente y decretó las pruebas del proceso.

## **2. SÍNTESIS DE LAS CUESTIONES OBJETO DE CONTROVERSIA.**

### **2.1. Hechos en que se fundamenta la demanda.**

Los hechos que invoca la Convocante en la demanda se sintetizan a continuación:

- 2.1.1 El 5 de enero de 2004, Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez recibió invitación formal del representante legal de KPMG Ltda. en Colombia, para vincularse a la sociedad, en calidad de socio. Iniciado el trámite de la vinculación a la sociedad, con fecha 21 de enero de 2004, el señor Orjuela Rodríguez igualmente se vinculó como empleado de KPMG Ltda. en el cargo de Vicepresidente
- 2.1.2 El 3 de noviembre de 2004 el señor Orjuela Rodríguez adhirió al Acuerdo Privado de socios del 29 de mayo de 2003 como consta en el otrosí correspondiente y con dicha adhesión se confirmó que la condición de socio

industrial de KPMG Ltda. de dicho convocante se adquirió desde su ingreso a la firma.

- 2.1.3 Para ser socio capitalista, el Sr. Orjuela efectuó un aporte social de \$20.832.572 a través de un crédito que se le concedió a 60 meses de plazo y un aporte adicional de \$400.000.000, dinero que no obra en la contabilidad de K.P.M.G.
- 2.1.4 Además de los estatutos sociales, contenidos en varias escrituras públicas, los socios de la Organización KPMG International en Colombia suscribieron Acuerdo Privado de Socios el 29 de mayo de 2003, cuyos términos no se encuentran contenidos en los estatutos sociales.
- 2.1.5 En razón de dicho Acuerdo Privado, el 12 % de las utilidades netas después de deducir impuestos a las que tenía derecho el Sr. Orjuela, al igual que los demás socios, se destinaron a alimentar el fondo para el plan de retiro obligatorio, fondo que se administra por BBVA Horizonte.
- 2.1.6 El Acuerdo Privado de socios fue modificado mediante un otrosí de 2011 que reguló aspectos de manejo y gobierno corporativo de las sociedades KPMG en Colombia.
- 2.1.7 El 15 de junio de 2012, el Presidente de KPMG en Colombia manifestó al convocante que había recibido cinco comunicaciones anónimas en las que se le acusaba de acoso sexual y por tal motivo le notificó la decisión de excluirlo de la sociedad y de terminar su contrato de trabajo.
- 2.1.8 Tal decisión tuvo por efecto inmediato la pérdida de la calidad de socio industrial del convocante, lo que le privó desde tal fecha de la posibilidad de percibir las utilidades que tal condición le permitía recibir, además de la pérdida de la calidad de empleado.
- 2.1.9 La determinación aludida, se adoptó violando los principios del debido proceso, quebrantando los mecanismos establecidos en el Acuerdo Privado, sin permitirle al Sr. Orjuela conocer, ni desvirtuar los infundios, sin participación del Comité Ejecutivo, ni de la Junta Directiva de la sociedad.
- 2.1.10 KPMG entregó la suma de \$217.417.259 al convocante, por concepto de utilidades causadas a su favor.

2.1.11 La posición actual de la convocada ha sido la de negar insistentemente que la causa de la exclusión del Sr. Orjuela como socio industrial haya sido un acoso sexual, aduciendo que solo se trató de un despido laboral sin justa causa.

## 2.2. Las pretensiones de la demanda.

La convocante solicita que se hagan las siguientes declaraciones y condenas, que el Tribunal transcribe textualmente para facilitar las referencias que se harán en las consideraciones:

"(...)

### **II. 1 Principales**

1. *Se declare la existencia del Acuerdo Privado de socios suscrito el 29 de Mayo de 2003.*
2. *Se declare la existencia de los otrosíes al Acuerdo Privado de Socios suscrito el 29 de Mayo de 2003, contenido en documento del año 2010, denominado "OTRO SI AL ACUERDO PRIVADO DE LOS SOCIOS DE LA ORGANIZACIÓN KPMG INTERNACIONAL EN COLOMBIA", y el otrosí incorporado en 2011.*
3. *Se declare que el Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez es suscriptor tanto del Acuerdo Privado de Socios de fecha 29 de Mayo de 2003 como de sus otrosí de los años 2010 y de Abril 27 de 2011, acuerdo del que son partes las personas naturales igualmente demandadas.*
4. *Se declare que la exclusión del Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez como socio industrial de KPMG Ltda. es contraria a Derecho, por ser contraria a la Ley comercial, a los estatutos sociales/contrato de sociedad y al Acuerdo Privado de Socios suscrito el 29 de Mayo de 2003 y sus otrosí de los años 2010 y de Abril 27 de 2011, no solamente por no obedecer a la realidad la razón aducida por el presidente de la sociedad demandada, sino por cuanto se violó el derecho de defensa y el debido proceso al no permitírsele hacer frente a las sindicaciones de acoso sexual y rebatirlas en debida forma.*

5. *Se declare que la exclusión del Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez como socio industrial de KPMG Ltda. constituye un incumplimiento de los estatutos sociales/contrato de sociedad*
6. *Se declare que la exclusión del Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez como socio industrial de KPMG Ltda. constituye un incumplimiento del Acuerdo Privado de Socios suscrito el 29 de Mayo de 2003 y sus otrosí del año 2010 y de Abril 27 de 2011, incumplimiento en el que incurrieron los socios firmantes del mencionado acuerdo y su otrosí*
7. *Se declare que al Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez no se le reconoció la compensación variable a la que su condición de socio industrial, Líder de función en el Área de Auditoría del sector de Manufactura y Servicios y miembro del Comité Ejecutivo de KPMG Ltda., le permitía acceder.*
8. *Se declare que como consecuencia de su antijurídica exclusión de la sociedad KPMG Ltda. como socio industrial el Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez ha sido perjudicado patrimonial y extra patrimonialmente.*
9. *Se declare que el Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez aportó la suma de \$400'000.000.00, destinados a cumplir el monto de capital exigido por KPMG International a las sociedades KPMG Colombia para poder operar con el nombre comercial.*
10. *Se declare que, como consecuencia de su exclusión como socio de la sociedad demandada, ésta se encuentra obligada a restituir el aporte de los \$400.000.000.00 aportados.*
11. *Se declare que los demandados se encuentran obligados a restituir al convocante la totalidad del monto del plan de retiro existente a la fecha, (saldo de \$687'800.260.00 a Septiembre 30 de 2012), y reconocerle la totalidad del mismo desde el 16 de Junio de 2012 y hasta la fecha de retiro forzoso, por haberle cercenado la posibilidad de seguir nutriéndolo y beneficiarse de él, con los correspondientes intereses.*
12. *Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene solidariamente a los convocados al presente proceso arbitral de la siguiente manera:*

- 12.1. *A título de lucro cesante, la compensación **básica** que el Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez hubiese percibido en KPMG Ltda. hasta el año de su retiro obligatorio, esto es hasta el año 2021, partiendo de una compensación básica vigente para 2012 de \$710.000.000.oo, ajustándola anualmente en un 6%, (o la cifra que resulte probada en el proceso), hasta el año 2021.*
- 12.2. *A título de lucro cesante, la compensación **variable** que el Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez hubiese percibido en KPMG Ltda. hasta el año de su retiro obligatorio, esto es hasta el año 2021, partiendo de una compensación variable estimada por el convocante para 2012 debido a su desempeño en \$200.000.000.oo y que le fue desconocida, ajustándola anualmente en un 6%, (o la cifra que resulte probada en el proceso), hasta el año 2021.*
- 12.3. *Se condene a los demandados a reconocer al Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez el plan de retiro obligatorio hasta que cumplierse la edad de retiro forzoso de 63 años, esto es hasta el año 2021, conforme se encuentra previsto en el Acuerdo Privado de Socios de Mayo 29 de 2003, incluyendo la restitución efectiva del monto por él ya aportado al Fondo de Retiro y actualmente existente en él, (BBVA Horizonte), que a 30 de Septiembre de 2012 presentaba un saldo de \$687.800.260.oo, de la siguiente manera:*
- 12.3.1. *El saldo a la fecha que presente el fondo, (a 30 de Septiembre de 2012 presentaba un saldo de \$687.800.260.oo)*
- 12.3.2. *El valor del plan de retiro que de acuerdo a la fórmula prevista en el Acuerdo Privado de Socios existiere o fuere determinado a la edad de retiro forzoso, conforme se acredite en el proceso, con los intereses moratorios a la máxima tasa legalmente permitida contabilizados desde el 16 de Junio de 2012 sobre la suma indicada en el numeral (a) precedente.*

**Subsidiariamente** se solicita condenar a reconocer intereses corrientes comerciales sobre dicha suma desde el 16 de Junio de 2012 y hasta la fecha de pago.

**Subsidiaria a la pretensión subsidiaria anterior** se solicita condenar a reconocer la indexación de dicha suma de dinero desde el 16 de Junio de 2012 y



*hasta la fecha de pago conforme al Índice de Precios al Consumidor certificado mes a mes por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE.*

*12.4. A título de daño emergente, ya consolidado, la compensación variable proporcional que para el período corrido entre el 1º de Octubre de 2011 y el 15 de Junio de 2012 hubiera recibido el Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez, que como se anotó, se estiman en \$200´000.000.oo.*

*12.5. Los intereses moratorios comerciales a la máxima tasa legalmente permitida y certificada por la Superintendencia Financiera sobre la suma de dinero a la que se refiere el numeral 12.4 anterior, contabilizados desde el 16 de Junio de 2012 y hasta la fecha de pago.*

***Subsidiariamente*** se solicita condenar a reconocer intereses corrientes comerciales sobre dicha suma desde el 16 de Junio de 2012 y hasta la fecha de pago.

***Subsidiaria a la pretensión subsidiaria anterior*** se solicita condenar a reconocer la indexación de dicha suma de dinero desde el 16 de Junio de 2012 y hasta la fecha de pago conforme al Índice de Precios al Consumidor certificado mes a mes por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE.

*12.6. Se condene solidariamente a los demandados a reconocer y cancelar al Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez la suma de \$3.000´000.000.oo por concepto de perjuicios extra patrimoniales por su exclusión como socio industrial de KPMG Ltda. por el supuesto e inexistente acoso sexual del que fue sindicado, con total desconocimiento del derecho de defensa y el debido proceso.*

*13. Se condene a KPMG Ltda. a restituir al convocante la suma de \$400.000.000.oo aportada y con destino a la contabilidad de la organización KPMG, con sus correspondientes intereses comerciales corrientes desde el 16 de Junio de 2012.*

***Subsidiariamente*** se solicita condenar a KPMG Ltda. a indexar la suma de \$400´000.000.oo conforme al Índice de Precios al Consumidor certificado mes a mes por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, desde el 16 de Junio de 2012.

## **II.2 Primeras subsidiarias**

1. *Se declare la existencia del Acuerdo Privado de Socios suscrito el 29 de Mayo de 2003.*
2. *Se declare la existencia del otrosí al Acuerdo Privado de Socios suscrito el 29 de Mayo de 2003, contenido en documento del año 2010, denominado "OTRO SI AL ACUERDO PRIVADO DE LOS SOCIOS DE LA ORGANIZACIÓN KPMG INTERNACIONAL EN COLOMBIA", y el otrosí incorporado en Abril 27 de 2011.*
3. *Se declare que el Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez es suscriptor tanto del Acuerdo Privado de Socios de fecha 29 de Mayo de 2003 como de sus otrosí de los años 2010 y Abril 27 de 2011, acuerdo del que son partes las personas naturales igualmente demandad*
4. *Se declare que la exclusión del Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez como socio industrial de KPMG Ltda. es contraria a Derecho, por haber sido tal opción con claro abuso del derecho, no solamente por no obedecer a la realidad la razón aducida por el presidente de la sociedad demandada, sino por cuanto se violó el derecho de defensa y el debido proceso al no permitírsele hacer frente a las sindicaciones de acoso sexual y rebatirlas en debida forma, con fines esencialmente distintos a aquellos para los cuales existe la figura de la exclusión de socios en un ente societario.*
5. *Se declare que la exclusión del Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez como socio industrial de KPMG Ltda. constituye un incumplimiento de los estatutos sociales/contrato de sociedad y del Acuerdo Privado de Socios suscrito el 29 de Mayo de 2003 y sus otrosí de los años 2010 y Abril 27 de 2011 por haberse fundado en un claro abuso del derecho en el campo contractual societario, abuso en el que han incurrido los demandados.*
6. *Se declare que al Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez no se le reconoció la compensación variable a la que su condición de socio industrial, Líder de función en el Área de Auditoría del sector de Manufactura y Servicios y miembro del Comité Ejecutivo de KPMG Ltda., le permitía acceder.*
7. *Se declare que como consecuencia de su abusiva exclusión de la sociedad KPMG Ltda. como socio industrial el Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez ha sido perjudicado patrimonial y extra patrimonialmente.*

8. *Se declare que el Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez aportó la suma de \$400.000.000.00, destinados a cumplir el monto de capital exigido por KPMG International a las sociedades KPMG Colombia para poder operar con el nombre comercial.*
9. *Se declare que, como consecuencia de su exclusión como socio de la sociedad demandada, ésta se encuentra obligada a restituir el aporte de los \$400'000.000.00 aportados*
10. *Se declare que los demandados se encuentran obligados a restituir al convocante la totalidad del monto del plan de retiro existente a la fecha, (saldo de \$687'800.260.00 a Septiembre 30 de 2012), y reconocerle la totalidad del mismo desde el 16 de Junio de 2012 y hasta la fecha de retiro forzoso, por haberle cercenado la posibilidad de seguir nutriéndolo y beneficiarse de él, con los correspondientes intereses.*
11. *Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene solidariamente a los convocados al presente proceso arbitral de la siguiente manera:*
  - 11.1. *A título de lucro cesante, la compensación **básica** que el Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez hubiese percibido en KPMG Ltda. hasta el año de su retiro obligatorio, esto es hasta el año 2021, partiendo de una compensación básica vigente para 2012 de \$710'000.000.00, ajustándola anualmente en un 6%, (o la cifra que resulte probada en el proceso), hasta el año 2021.*
  - 11.2. *A título de lucro cesante, la compensación **variable** que el Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez hubiese percibido en KPMG Ltda. hasta el año de su retiro obligatorio, esto es hasta el año 2021, partiendo de una compensación variable estimada por el convocante para 2012 debido a su desempeño en \$200'000.000.00 y que le fue desconocida, ajustándola anualmente en un 6%, (o la cifra que resulte probada en el proceso), hasta el año 2021.*
  - 11.3. *A título de daño emergente, ya consolidado, la compensación variable proporcional que para el período corrido entre el 1º de Octubre de 2011*

*y el 15 de Junio de 2012 hubiera recibido el Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez, que como se anotó, se estiman en \$200.000.000.oo.*

*11.4. Los intereses moratorios comerciales a la máxima tasa legalmente permitida y certificada por la Superintendencia Financiera sobre la suma de dinero a la que se refiere el numeral 11.3 anterior, contabilizados desde el 16 de Junio de 2012 y hasta la fecha de pago.*

***Subsidiariamente*** se solicita condenar a reconocer intereses corrientes comerciales sobre dicha suma desde el 16 de Junio de 2012 y hasta la fecha de pago.

***Subsidiaria a la pretensión subsidiaria anterior*** se solicita condenar a reconocer la indexación de dicha suma de dinero desde el 16 de Junio de 2012 y hasta la fecha de pago conforme al Índice de Precios al Consumidor certificado mes a mes por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE.

*11.5. Se condene a los demandados a reconocer al Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez el plan de retiro obligatorio hasta que cumplierse la edad de retiro forzoso de 63 años, esto es hasta el año 2021, conforme se encuentra previsto en el Acuerdo Privado de Socios de Mayo 29 de 2003, incluyendo la restitución efectiva del monto por él ya aportado al Fondo de Retiro y actualmente existente en él, (BBVA Horizonte), que a 30 de Septiembre de 2012 presentaba un saldo de \$687'800.260.oo, de la siguiente manera:*

*11.5.1 El saldo a la fecha que presente el fondo, (a 30 de Septiembre de 2012 presentaba un saldo de \$687'800.260.oo)*

*11.5.2 El valor del plan de retiro que de acuerdo a la fórmula prevista en el Acuerdo Privado de Socios existiere o fuere determinado a la edad de retiro forzoso, conforme se acredite en el proceso, con los intereses moratorios a la máxima tasa legalmente permitida contabilizados desde el 16 de Junio de 2012 sobre la suma indicada en el numeral 11.5.1.*

***Subsidiariamente*** se solicita condenar a reconocer intereses corrientes comerciales sobre dicha suma desde el 16 de Junio de 2012 y hasta la fecha de pago.

***Subsidiaria a la pretensión subsidiaria anterior*** se solicita condenar a reconocer la indexación de dicha suma de dinero desde el 16 de Junio de 2012 y hasta la fecha de pago conforme al Índice de Precios al Consumidor certificado mes a mes por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE.

11.6. Se condene solidariamente a los demandados a reconocer y cancelar al Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez la suma de \$3.000'000.000.00 por concepto de perjuicios extra patrimoniales por su exclusión como socio industrial de KPMG Ltda. por el supuesto e inexistente acoso sexual del que fue sindicado, con total desconocimiento del derecho de defensa y el debido proceso.

12. Se condene a KPMG Ltda. a restituir al convocante la suma de \$400'000.000.00 aportada y con destino a la contabilidad de la organización KPMG, con sus correspondientes intereses comerciales corrientes desde el 16 de Junio de 2012.

***Subsidiariamente*** se solicita condenar a KPMG Ltda. a indexar la suma de \$400.000.000.00 conforme al Índice de Precios al Consumidor certificado mes a mes por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, desde el 16 de Junio de 2012.

## **II. 3 Segundas subsidiarias**

1. Se declare la existencia del Acuerdo Privado de Socios suscrito el 29 de Mayo de 2003.
2. Se declare la existencia de los otrosíes al Acuerdo Privado de Socios suscrito el 29 de Mayo de 2003, contenido en documento del año 2010, denominado "OTRO SI AL ACUERDO PRIVADO DE LOS SOCIOS DE LA ORGANIZACIÓN KPMG INTERNACIONAL EN COLOMBIA", y el otrosí incorporado en Abril 27 de 2011.
3. Se declare que el Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez es suscriptor tanto del Acuerdo Privado de Socios de fecha 29 de Mayo de 2003 como de sus otrosí de los años 2010 y de Abril 27 de 2011, acuerdo del que son partes las personas naturales igualmente demandadas

4. *Se declare que la exclusión del Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez como socio industrial de KPMG Ltda. es contraria a Derecho, por ser contraria a la Ley comercial, a los estatutos sociales/contrato de sociedad y al Acuerdo Privado de Socios suscrito el 29 de Mayo de 2003 y sus otrosí del año 2010 y de Abril 27 de 2011 por cuanto se negó el derecho de defensa y se violó el debido proceso a que tenía derecho el convocante.*
5. *Se declare que la exclusión del Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez como socio industrial de KPMG Ltda. constituye un incumplimiento de los estatutos sociales/contrato de sociedad*
6. *Se declare que la exclusión del Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez como socio industrial de KPMG Ltda. constituye un incumplimiento del Acuerdo Privado de Socios suscrito el 29 de Mayo de 2003 y sus otrosí de los años 2010 y de Abril 27 de 2011, incumplimiento en el que incurrieron los socios firmantes del mencionado acuerdo y su otrosí*
7. *Se declare que al Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez no se le reconoció la compensación variable a la que su condición de socio industrial, Líder de función en el Área de Auditoría del sector de Manufactura y Servicios y miembro del Comité Ejecutivo de KPMG Ltda., le permitía acceder.*
8. *Se declare que como consecuencia de su antijurídica exclusión de la sociedad KPMG Ltda. como socio industrial el Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez ha sido perjudicado patrimonial y extra patrimonialmente.*
9. *Se declare que el Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez aportó la suma de \$400'000.000.00, destinados a cumplir el monto de capital exigido por KPMG International a las sociedades KPMG Colombia para poder operar con el nombre comercial.*
10. *Se declare que, como consecuencia de su exclusión como socio de la sociedad demandada, ésta se encuentra obligada a restituir el aporte de los \$400'000.000.00 aportados*
11. *Se declare que los demandados se encuentran obligados a restituir al convocante la totalidad del monto del plan de retiro existente a la fecha, (saldo de \$687'800.200.00 a Septiembre 30 de 2012), y reconocerle la totalidad del mismo desde el 16 de Junio de 2012 y hasta la fecha de retiro forzoso, por*

*haberle cercenado la posibilidad de seguir nutriéndolo y beneficiarse de él, con los correspondientes intereses.*

*12. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene solidariamente a los convocados al presente proceso arbitral de la siguiente manera:*

*12.1. A título de lucro cesante, la compensación **básica** que el Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez hubiese percibido en KPMG Ltda. hasta el año de su retiro obligatorio, esto es hasta el año 2021, partiendo de una compensación básica vigente para 2012 de \$710'000.000.00, ajustándola anualmente en un 6%, (o la cifra que resulte probada en el proceso), hasta el año 2021.*

*12.2. A título de lucro cesante, la compensación **variable** que el Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez hubiese percibido en KPMG Ltda. hasta el año de su retiro obligatorio, esto es hasta el año 2021, partiendo de una compensación variable estimada por el convocante para 2012 debido a su desempeño en \$200'000.000.00 y que le fue desconocida, ajustándola anualmente en un 6%, (o la cifra que resulte probada en el proceso), hasta el año 2021.*

*12.3. A título de daño emergente, ya consolidado, la compensación variable proporcional que para el período corrido entre el 1º de Octubre de 2011 y el 15 de Junio de 2012 hubiera recibido el Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez, que como se anotó, se estiman en \$200'000.000.00.*

*12.4. Los intereses moratorios comerciales a la máxima tasa legalmente permitida y certificada por la Superintendencia Financiera sobre la suma de dinero a la que se refiere el numeral 12.3 anterior, contabilizados desde el 16 de Junio de 2012 y hasta la fecha de pago.*

***Subsidiariamente*** se solicita condenar a reconocer intereses corrientes comerciales sobre dicha suma desde el 16 de Junio de 2012 y hasta la fecha de pago.

***Subsidiaria a la pretensión subsidiaria anterior*** se solicita condenar a reconocer la indexación de dicha suma de dinero desde el 16 de Junio de 2012 y

*hasta la fecha de pago conforme al Índice de Precios al Consumidor certificado mes a mes por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE.*

12.5. *Se condene solidariamente a los demandados a reconocer y cancelar al Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez la suma de \$3.000'000.000.00 por concepto de perjuicios extra patrimoniales por su exclusión como socio industrial de KPMG Ltda. por el supuesto e inexistente acoso sexual del que fue sindicado, con total desconocimiento del derecho de defensa y el debido proceso.*

12.6. *Se condene a los demandados a reconocer al Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez el plan de retiro obligatorio hasta que cumplierse la edad de retiro forzoso de 63 años, esto es hasta el año 2021, conforme se encuentra previsto en el Acuerdo Privado de Socios de Mayo 29 de 2003, incluyendo la restitución efectiva del monto por él ya aportado al Fondo de Retiro y actualmente existente en él, (BBVA Horizonte), que a 30 de Septiembre de 2012 presentaba un saldo de \$687'800.260.00, de la siguiente manera:*

12.6.1. *El saldo a la fecha que presente el fondo, (a 30 de Septiembre de 2012 presentaba un saldo de \$687'800.260.00)*

12.6.2. *El valor del plan de retiro que de acuerdo a la fórmula prevista en el Acuerdo Privado de Socios existiere o fuere determinado a la edad de retiro forzoso, conforme se acredite en el proceso, con los intereses moratorios a la máxima tasa legalmente permitida contabilizados desde el 16 de Junio de 2012 sobre la suma indicada en el numeral 12.6.1.*

**Subsidiariamente** *se solicita condenar a reconocer intereses corrientes comerciales sobre dicha suma desde el 16 de Junio de 2012 y hasta la fecha de pago.*

**Subsidiaria a la pretensión subsidiaria anterior** *se solicita condenar a reconocer la indexación de dicha suma de dinero desde el 16 de Junio de 2012 y hasta la fecha de pago conforme al Índice de Precios al Consumidor certificado mes a mes por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE.*



13. Se condene a KPMG Ltda. a restituir al convocante la suma de \$400'000.000.00 aportada y con destino a la contabilidad de la organización KPMG, con sus correspondientes intereses comerciales corrientes desde el 16 de Junio de 2012.

**Subsidiariamente** se solicita condenar a KPMG Ltda. a indexar la suma de \$400'000.000.00 conforme al Índice de Precios al Consumidor certificado mes a mes por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, desde el 16 de Junio de 2012.

## **II. 4 Terceras subsidiarias**

1. Se declare la existencia del Acuerdo Privado de Socios suscrito el 29 de Mayo de 2003.
2. Se declare la existencia de los otrosíes al Acuerdo Privado de Socios suscrito el 29 de Mayo de 2003, contenido en documento del año 2010, denominado "OTRO SI AL ACUERDO PRIVADO DE LOS SOCIOS DE LA ORGANIZACIÓN KPMG INTERNACIONAL EN COLOMBIA", y el otrosí incorporado en Abril 27 de 2011.
3. Se declare que el Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez es suscriptor tanto del Acuerdo Privado de Socios de fecha 29 de Mayo de 2003 como de sus otrosí de los años 2010 y de Abril 27 de 2011, acuerdo del que son partes las personas naturales igualmente demandadas
4. Se declare que la exclusión del Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez como socio industrial de KPMG Ltda. es contraria a Derecho, por ser contraria a la Ley comercial, a los estatutos sociales/contrato de sociedad y al Acuerdo Privado de Socios suscrito el 29 de Mayo de 2003 y sus otrosí de los años 2010 y de Abril 27 de 2011, por cuanto los estatutos sociales no contemplan causales de exclusión de socios como el convocante, y el otro sí al Acuerdo Privado de Socios suscrito en el año 2010 no prevé el procedimiento para tramitar la exclusión.
5. Se declare que la exclusión del Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez como socio industrial de KPMG Ltda. constituye un incumplimiento de los estatutos sociales/contrato de sociedad

6. *Se declare que la exclusión del Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez como socio industrial de KPMG Ltda. constituye un incumplimiento del Acuerdo Privado de Socios suscrito el 29 de Mayo de 2003 y sus otrosí de los años 2010 y de Abril 27 de 2011, incumplimiento en el que incurrieron los socios firmantes del mencionado acuerdo y su otrosí*
7. *Se declare que al Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez no se le reconoció la compensación variable a la que su condición de socio industrial, Líder de función en el Área de Auditoría del sector de Manufactura y Servicios y miembro del Comité Ejecutivo de KPMG Ltda., le permitía acceder.*
8. *Se declare que como consecuencia de su antijurídica exclusión de la sociedad KPMG Ltda. como socio industrial el Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez ha sido perjudicado patrimonial y extra patrimonialmente.*
9. *Se declare que el Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez aportó la suma de \$400'000.000.00, destinados a cumplir el monto de capital exigido por KPMG International a las sociedades KPMG Colombia para poder operar con el nombre comercial.*
10. *Se declare que, como consecuencia de su exclusión como socio de la sociedad demandada, ésta se encuentra obligada a restituir el aporte de los \$400'000.000.00 aportados*
11. *Se declare que los demandados se encuentran obligados a restituir al convocante la totalidad del monto del plan de retiro existente a la fecha, (saldo de \$687'800.200.00 a Septiembre 30 de 2012), y reconocerle la totalidad del mismo desde el 16 de Junio de 2012 y hasta la fecha de retiro forzoso, por haberle cercenado la posibilidad de seguir nutriéndolo y beneficiarse de él, con los correspondientes intereses.*
12. *Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene solidariamente a los convocados al presente proceso arbitral de la siguiente manera:*
  - 12.1. *A título de lucro cesante, la compensación **básica** que el Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez hubiese percibido en KPMG Ltda. hasta el año de su retiro obligatorio, esto es hasta el año 2021, partiendo de una compensación básica vigente para 2012 de \$710'000.000.00,*

*ajustándola anualmente en un 6%, (o la cifra que resulte probada en el proceso), hasta el año 2021.*

12.2. *A título de lucro cesante, la compensación **variable** que el Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez hubiese percibido en KPMG Ltda. hasta el año de su retiro obligatorio, esto es hasta el año 2021, partiendo de una compensación variable estimada por el convocante para 2012 debido a su desempeño en \$200'000.000.00 y que le fue desconocida, ajustándola anualmente en un 6%, (o la cifra que resulte probada en el proceso), hasta el año 2021.*

12.3. *A título de daño emergente, ya consolidado, la compensación variable proporcional que para el período corrido entre el 1º de Octubre de 2011 y el 15 de Junio de 2012 hubiera recibido el Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez, que como se anotó, se estiman en \$200'000.000.00.*

12.4. *Los intereses moratorios comerciales a la máxima tasa legalmente permitida y certificada por la Superintendencia Financiera sobre la suma de dinero a la que se refiere el numeral 12.3 anterior, contabilizados desde el 16 de Junio de 2012 y hasta la fecha de pago.*

***Subsidiariamente*** se solicita condenar a reconocer intereses corrientes comerciales sobre dicha suma desde el 16 de Junio de 2012 y hasta la fecha de pago.

***Subsidiaria a la pretensión subsidiaria anterior*** se solicita condenar a reconocer la indexación de dicha suma de dinero desde el 16 de Junio de 2012 y hasta la fecha de pago conforme al Índice de Precios al Consumidor certificado mes a mes por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE

12.5. *Se condene solidariamente a los demandados a reconocer y cancelar al Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez la suma de \$3.000'000.000.00 por concepto de perjuicios extra patrimoniales por su exclusión como socio industrial de KPMG Ltda. por el supuesto e inexistente acoso sexual del que fue sindicado, con total desconocimiento del derecho de defensa y el debido proceso.*

12.6. *Se condene a los demandados a reconocer al Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez el plan de retiro obligatorio hasta que cumpliera la edad de retiro forzoso de 63 años, esto es hasta el año 2021, conforme*

*se encuentra previsto en el Acuerdo Privado de Socios de Mayo 29 de 2003, incluyendo la restitución efectiva del monto por él ya aportado al Fondo de Retiro y actualmente existente en él, (BBVA Horizonte), que a 30 de Septiembre de 2012 presentaba un saldo de \$687.800.260.00, de la siguiente manera:*

- 12.6.1. El saldo a la fecha que presente el fondo, (a 30 de Septiembre de 2012 presentaba un saldo de \$687'800.260.00)*
- 12.6.2. El valor del plan de retiro que de acuerdo a la fórmula prevista en el Acuerdo Privado de Socios existiere o fuere determinado a la edad de retiro forzoso, conforme se acredite en el proceso, con los intereses moratorios a la máxima tasa legalmente permitida contabilizados desde el 16 de Junio de 2012 sobre la suma indicada en el numeral 12.6.1.*

**Subsidiariamente** *se solicita condenar a reconocer intereses corrientes comerciales sobre dicha suma desde el 16 de Junio de 2012 y hasta la fecha de pago.*

**Subsidiaria a la pretensión subsidiaria anterior** *se solicita condenar a reconocer la indexación de dicha suma de dinero desde el 16 de Junio de 2012 y hasta la fecha de pago conforme al Índice de Precios al Consumidor certificado mes a mes por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE.*

*13. Se condene a KPMG Ltda. a restituir al convocante la suma de \$400.000.000.00 aportada y con destino a la contabilidad de la organización KPMG, con sus correspondientes intereses comerciales corrientes desde el 16 de Junio de 2012.*

**Subsidiariamente** *se solicita condenar a KPMG Ltda. a indexar la suma de \$400'000.000.00 conforme al Índice de Precios al Consumidor certificado mes a mes por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, desde el 16 de Junio de 2012.*

## **II. 5 Cuartas subsidiarias**

*Ratificando todas las pretensiones principales y subsidiarias anteriormente planteadas, en el evento de que por algún motivo el Honorable Tribunal encontrare que en la compensación que en calidad de socio se reconocía al Sr.*

*Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez se incluía algún concepto remunerativo de naturaleza estrictamente laboral, de todas las pretensiones elevadas y condenas reclamadas se solicita excluir o deducir tal componente laboral.*

## **II. 6 Quintas subsidiarias**

*Se condene solidariamente a los demandados a reconocer al Sr. Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez los perjuicios de toda índole derivados de la pérdida de la probabilidad de haber continuado percibiendo la compensación económica que percibía al momento de ser excluido de la sociedad y hasta el año 2021, fecha de su retiro forzoso.*

*Tal pérdida de la probabilidad se indemnizará considerando la compensación económica tanto básica, (\$710'000.000.00), como variable, (estimada en \$200'000.000.00), vigente y estimada para el 15 de Junio de 2012, basada en los resultados obtenidos por la gestión del convocante, su evaluación obrante en los Dialogue, su cargo, su condición de socio industrial y socio capitalista, además de todos los conceptos en los que se fundamenta la presente demanda arbitral.*

## **II. 7 Declaración común a todas las condenas**

*Se declare que todas las condenas a imponer se han de reconocer libres de impuestos para el convocante considerando que se trata de conceptos que ya han sido previamente gravados y los impuestos pagados. (...)"*

### **2.3. La contestación de la demanda.**

El 21 de abril de 2014, la convocada presentó escrito de contestación de demanda, en el que se pronunció sobre los hechos de la misma, se opuso a las pretensiones y propuso las siguientes excepciones:

- i. Falta de competencia.
- ii. Falta de competencia por no aceptación expresa del actor de la cláusula compromisoria.
- iii. Inexistencia del derecho a recibir la compensación por retiro.
- iv. Cumplimiento de KPMG LTDA. de los estatutos sociales y la ley para dar por terminado el contrato de trabajo del actor, pérdida de la calidad de socio aportante de industria y para su exclusión como socio capitalista.

- v. Falta de legitimación por pasiva.
- vi. Pago.
- vii. Falta de causa “legal” o “contractual” para condena solidaria.
- viii. Genérica.

## **2.4. La demanda de reconvención.**

El 21 de abril de 2014, la convocada presentó demanda de reconvención contra la convocante. Posteriormente, el 20 de agosto de 2014, presentó reforma de dicha demanda de reconvención, cuyo contenido se sintetiza de la siguiente manera:

### **2.4.1. Hechos.**

Los hechos más relevantes de la demanda de reconvención se resumen a continuación:

- 2.4.1.1. El señor Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez, por decisión de la Junta de Socios de KPMG celebrada el día 31 de marzo del 2014, fue excluido como socio capitalista de la sociedad.
- 2.4.1.2. Como consecuencia de la exclusión como socio capitalista de KPMG Ltda., la demandante en reconvención estima que debe procederse al reembolso del valor nominal de las cuotas de interés del señor Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez.
- 2.4.1.3. El 2 de abril de 2014 el representante legal de KPMG Ltda. le ofreció al señor Eduardo Orjuela Rodríguez, para los efectos de que trata el artículo 365 del Código de Comercio, como pago de las cuotas sociales, como consecuencia de su exclusión como socio, la suma de \$ 400.000.000, pagaderos en un solo contado contra la firma de los documentos que perfeccionen la exclusión de la sociedad y la firma de la escritura pública que formalice la reforma estatutaria correspondiente. Dicha oferta fue rechazada por el apoderado del demandado en reconvención.

### **2.4.2. Pretensiones.**

Las pretensiones de la demanda de reconvención reformada se transcriben a continuación:

"(...)

**PRIMERA:** Se declare que el Señor Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez, fue excluido como socio capitalista el 31 de marzo de 2014, en Junta Ordinaria de Socios de la sociedad KPMG Ltda. de la citada sociedad.

**SEGUNDA:** Que como consecuencia de la prosperidad de la pretensión PRIMERA anterior, la sociedad KPMG Ltda. está obligada a efectuar el reembolso del aporte efectuado al capital social por el demandado por vía de reconvencción.

**TERCERA:** Que en subsidio de la pretensión SEGUNDA anterior, como consecuencia de la prosperidad de la pretensión PRIMERA, en cumplimiento del acuerdo privado de socios de la sociedad KPMG Ltda. de fecha 29 de mayo de 2003, al cual adhirió el Señor Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez el 3 de noviembre de 2004, se declare que el valor a cancelar por parte de KPMG Ltda. al demandado como reembolso de su aporte es la suma de **Col \$ 70.500.000.00** que corresponde el valor nominal de las mismas.

**CUARTA:** Que en subsidio de las pretensiones SEGUNDA y TERCERA anteriores, como consecuencia de la prosperidad de la pretensión PRIMERA, se declare que el precio de liquidación de las cuotas sociales a favor del señor Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez que debe pagarse por KPMG Ltda. a este, por su exclusión como socio capitalista, es, en cumplimiento de lo previsto en el Parágrafo Quinto, del literal D. de la CLAUSULA QUINTA del acuerdo privado de socios de la sociedad KPMG Ltda. de fecha 29 de mayo de 2003, al cual adhirió el Señor Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez el 3 de noviembre de 2004, el valor nominal de las cuotas que ascienden a la suma de **Col \$ 70.500.000.00**.

**QUINTA:** Que en subsidio de la pretensiones SEGUNDA, TERCERA y CUARTA anteriores, como consecuencia de la prosperidad de la pretensión PRIMERA, se declare que el precio de liquidación de las cuotas sociales a favor del señor Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez que debe pagarse por KPMG Ltda. a este, por su exclusión como socio capitalista, es, en cumplimiento de lo previsto en el Parágrafo Sexto, del literal D. de la CLAUSULA QUINTA del acuerdo privado de socios de la sociedad KPMG Ltda. de fecha 29 de mayo de 2003, al cual adhirió el Señor Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez el 3 de noviembre de 2004, el valor nominal de las cuotas que ascienden a la suma de **Col \$ 70.500.000.00**.

**SEXTA:** *Que en subsidio de la pretensiones SEGUNDA, TERCERA, CUARTA y QUINTA anteriores, como consecuencia de la prosperidad de la pretensión PRIMERA, se fije por parte del Tribunal de Arbitramento el valor que debe reembolsarse por KPMG Ltda, y las condiciones de pago, a favor del señor Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez como consecuencia de su exclusión como socio, a título de reembolso de su aporte.*

**SEPTIMA:** *Que en subsidio de la pretensiones SEGUNDA, TERCERA, CUARTA, QUINTA y SEXTA anteriores, como consecuencia de la prosperidad de la pretensión PRIMERA, se fije por parte del Tribunal de Arbitramento la suma de dinero que debe pagarse por KPMG Ltda, y condiciones de pago, de las cuotas sociales a favor del señor Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez con base en el peritazgo que debe realizarse para tal fin conforme lo prevé el Artículo 365 del Código de Comercio.*

**OCTAVA:** *Que como consecuencia de la prosperidad de la pretensiones PRIMERA y SEGUNDA, o cualquiera de sus subsidiarias, se autorice a KPMG Ltda., la disminución del capital social dentro del término que para el efecto fije el H. Tribunal.*

**NOVENA:** *Que en caso de oposición se condene en costas a la parte pasiva.  
(...)”*

## **2.5. La contestación de la reforma de la demanda de reconvenición.**

El 12 de septiembre de 2014, la convocada presentó escrito de contestación de la reforma de la demanda de reconvenición, en el que se pronunció sobre los hechos, se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones que denominó:

- i. Falta de competencia del Honorable Tribunal Arbitral.
- ii. Mala fe comercial de KPMG Ltda.
- iii. Actuar en contra de sus propios actos-Mala fe.
- iv. Inexistencia de norma que imponga la valoración a valor nominal o a valor intrínseco de las cuotas.
- v. Inaplicabilidad del art. 145 del C.Co. al presente caso.
- vi. Inaplicabilidad del Acuerdo Privado de socios y sus reformas.
- vii. Abuso del derecho por parte de KPMG Ltda. y sus socios.



- viii. Ineficacia e inoponibilidad al Sr. Orjuela Rodríguez de las decisiones adoptadas en la reunión ordinaria de la Junta de Socios en punto de la exclusión del convocante y el precio de readquisición de las cuotas sociales.
- ix. Insistencia en la excepción de pleito pendiente.
- x. Genérica.

### **3. DESARROLLO DEL TRÁMITE ARBITRAL.**

#### **3.1. Pruebas.**

Mediante providencia de 2 de febrero de 2015, el Tribunal decretó las pruebas del proceso, las cuales se practicaron como se reseña a continuación.

1. El 24 de febrero de 2015 tomó posesión el perito Tayron Alfonso Roa Vargas. En la misma fecha se rindieron las declaraciones de parte de Elvia María Bolívar Puerta, KPMG, Jorge Humberto Ríos García, Juan Pablo Murcia Fajardo y Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez. Así mismo, se practicaron la exhibición de documentos por parte de KPMG, el reconocimiento de documentos por parte del representante legal de KPMG y el reconocimiento de documentos por parte de Juan Pablo Murcia Fajardo.
2. El 25 de febrero de 2015, se recibieron los testimonios de Myriam Rosa Fonseca de Nieto, Maritza Sarmiento Ochoa y Luz Mery Pardo Ramírez.
3. El 26 de febrero de 2015, se recibieron los testimonios de Gabriel Villarrubia y Mauricio Torres Torres. En la misma fecha se aceptó el desistimiento respecto de los testimonios de William Folley y Alfonso Carrillo.
4. El 2 de marzo de 2015 rindieron testimonio Alexia Echeverry Cuello, Luis Fernando Molano Millán y Sarah Alicia Moya Machado.
5. El 3 de marzo de 2015 rindió testimonio Edgardo Pablo Lieker.
6. El 29 de abril de 2015 rindieron testimonio David Bunce, cuya declaración se suspendió; Martha Patricia Cortés Muñoz, Claudia Amparo Cañas González. En la misma fecha se aceptó el desistimiento del testimonio de Carlos García.
7. El 9 de junio de 2015 se dio traslado a las partes del dictamen pericial.

8. El 25 de junio de 2015 tuvo lugar la continuación del testimonio de David Bunce y el tribunal dispuso que el perito absolviera las solicitudes de aclaración y complementación al peritaje presentadas por ambas partes.
9. Por auto de 5 de agosto de 2015, se puso en conocimiento de las partes el escrito de aclaraciones y complementaciones al peritaje por el término de 10 días.
10. El 15 de septiembre de 2015, tuvo lugar el interrogatorio al perito Tayron Alfonso Roa Vargas, solicitado por la convocante.
11. Se recibieron las respuestas a los oficios librados, así como la documentación que fue requerida de manera oficiosa por el Tribunal, documentos que se incorporaron al expediente.
12. El 15 de septiembre de 2015, teniendo en cuenta que todas las pruebas decretadas en el trámite se encontraban practicadas y que a la fecha ninguna estaba pendiente de decreto o práctica, se declaró concluida la instrucción del proceso y se citó a las partes a audiencia de alegaciones finales.

### **3.2. Alegaciones finales.**

Una vez concluido el período probatorio y practicadas todas las pruebas solicitadas por las partes y decretadas por el Tribunal, el 28 de septiembre de 2015 se llevó a cabo la audiencia en la que las partes presentaron sus alegaciones finales y entregaron los correspondientes resúmenes escritos que obran en los autos.

Por consiguiente, el término del Tribunal se ha desarrollado de la siguiente manera:

- 3.2.1. La primera audiencia de trámite culminó el día 2 de febrero de 2015.
- 3.2.2. El término de 6 meses dispuesto en la ley, vencería el día 1 de agosto de 2015.
- 3.2.3. Sin embargo, por solicitud de las partes, el Tribunal decretó las siguientes suspensiones:

<b>TÉRMINO DEL TRIBUNAL</b>	
<b>Lapsos de suspensión</b>	<b>Días de suspensión</b>
Entre el 3 de febrero de 2015 y el 23 de febrero de 2015	21
Entre el 4 de marzo de 2015 y el 28 de abril de 2015	56
Entre el 30 de abril de 2015 y el 8 de junio de 2015	40
<b>Total días de suspensión</b>	<b>117</b>

Por lo anterior, el término del Tribunal vence el 26 de noviembre de 2015.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.**

### **1. CONSIDERACIONES**

ANÁLISIS PREVIO. Siendo la oportunidad legal pertinente, porque el plazo legal - previas las adiciones por suspensiones- vence el 26 de noviembre de 2015, procede el Tribunal a analizar primeramente los presupuestos procesales y la validez del presente proceso arbitral.

- 1.1. **Presupuestos procesales.** Todos los presupuestos del Juez en su jurisdicción y competencia, de las partes en sus capacidades (para ser parte, para comparecer al proceso y para hacerlo directamente) y de las demandas en forma, (principal y de reconvención) se encuentran plenamente satisfechos. Sin embargo, por haber sido materia de controversia el Tribunal estima pertinente referirse a la competencia y a la demanda en forma.
- 1.2. **Competencia arbitral de la demanda inicial.** Ante la controversia suscitada desde la iniciación de este proceso sobre la competencia para el conocimiento del presente litigio, este Tribunal no solo acepta tenerla para

la admisión de la demanda inicial y la de reconvención y las resoluciones de sus correspondientes recursos de reposición, sino que también la fijó en la primera audiencia de trámite<sup>1</sup>.

1.3. **Fijación de la competencia.** En esta providencia, previa consideración de la forma de cómo deben interpretarse los pactos arbitrales y la función de los mismos, determina que, a pesar de que en el caso sub-examine concurren dos pactos arbitrales, uno en la cláusula vigésima sexta de la escritura societaria 3637 de 2004 y otro de la cláusula sexta del Acuerdo Privado del 29 de mayo de 2003, se le dio preferencia a aquella cláusula para fijar la competencia, por comprender a todas las partes de este proceso, la sociedad KPMG LTDA. y los socios o ex socios de la misma; por referirse a su objeto más amplio, pues al contemplar asuntos “relacionados” con el contrato social, no solo involucraba aspectos de su contenido, sino también su ejecución, donde quedaba comprendido el Acuerdo Privado de socios, que, a su turno, se refería a aquellos aspectos sociales de exclusión de socios, restitución de aportes, distribución de utilidades y, en general, estaban comprendidos todos los asuntos sociales que se formularon en las pretensiones. Todo ello se corroboró con la conducta procesal de la demandada, en los hechos 9 y 10 de la demanda de reconvención, donde acepta expresamente la existencia del Acuerdo Privado de socios de la Sociedad KPMG Ltda., del 29 de mayo de 2003, con la adhesión del señor Eduardo Orjuela Rodríguez, el 3 de noviembre de 2004, con la aceptación de las modificaciones de los demás Otrosíes.

1.4. **Competencia para el laudo.** En este momento, el Tribunal reitera su competencia para proferir el laudo, no solo por las razones expuestas en su oportunidad y antes enunciadas, sino porque ella también se corrobora con la cláusula sexta del Acuerdo Privado de socios, el cual, como se verá más adelante, tiene plenos efectos no solo entre los socios que lo suscribieron, sino también respecto de la sociedad KPMG LTDA, salvo en relación con los demandados Juan pablo Murcia Fajardo, Carlos Alberto Bernal Botero, Vicente Javier Torres Velásquez, Myriam Stella Gutiérrez, Ignacio Cortés Castán y Camilo González Segura, respecto de los cuales el Tribunal se declarará no competente como se verá más adelante

---

<sup>1</sup> “Las partes mediante actos de comunicación, principalmente demanda y oposición **limitan la competencia** del juzgado de modo que este no puede usurpar el espacio privado para decidir cuestiones que no hayan sido confiadas a su imperio” (Casac. del 13 de agosto de 1998).

1.5. **Competencia para la demanda de reconvención.** Así mismo, el Tribunal, tal como lo dijo en la primera audiencia de trámite, tiene la competencia para conocer la controversia sobre la exclusión de socios, con la consiguiente restitución, pago o precio de aportes, y la pertinente disminución de capital, por cuanto aquella difiere de la competencia sobre la valoración de cuotas sociales, asignada, en caso de desacuerdo, a la Superintendencia de Sociedades (Arts. 136 y 135, inc. 2º., ley 446 de 1998). Lo anterior ha sido corroborado por el demandado en reconvención en los hechos 10 y 13 de las pretensiones II-1 principales; en la pretensión 9 de las II-2 subsidiarias; de la pretensión 10 de las II-3 subsidiarias, y de la pretensión 9 de las II-4 subsidiarias.

1.6. **Demandas en forma.** Estos presupuestos están satisfechos en el proceso:

a) **Demanda inicial.** La demandada ha aducido la violación del Art. 82 del C.P.C., con base en que no existe competencia para el conocimiento de todas las pretensiones acumuladas; que no están formuladas adecuadamente las pretensiones principales y las subsidiarias; y que, al final, se pide el reconocimiento de las sumas de dinero que resulten probadas.

Sin embargo, el Tribunal no encuentra que le asista razón a la parte demandada inicial. En primer lugar, porque, como antes quedó expuesto, en virtud del carácter y alcance arriba indicado de la cláusula compromisoria estatutaria, este Tribunal sí tiene competencia para conocer de todas las pretensiones de la demanda inicial, especialmente de las pretensiones principales, que son las que se estudian de fondo, porque si bien estas pretensiones principales no fueron acumuladas en la forma usual de una o dos o pocas peticiones declarativas, y otras pocas consecuenciales, tal circunstancia no les quita el cumplimiento de los requisitos legales de acumulación. Así pues, además de gozar de la competencia para su conocimiento y de tener el mismo trámite, en este caso arbitral, para su juzgamiento contencioso, este Tribunal, de acuerdo con la interpretación que se hace de la demanda, encuentra que allí aparece claramente que hay unas pretensiones declarativas de las peticiones 1 a 11, y otras pretensiones de condena que corresponden a las peticiones consecuenciales numeradas 12 y 13, con

algunas como subsidiarias de éstas. Agrégase a lo anterior que tampoco vulnera el requisito de la compatibilidad de las pretensiones que en forma adicional se solicite la condena por las sumas probadas, tanto más cuando dicho aspecto constituye un deber del Juez (Arts. 174, 183, 305 y 306 C.P.C.).

Por tanto, el Tribunal también reitera la satisfacción de este presupuesto, porque además de reunir los requisitos legales, recoge acumulación de pretensiones y porque no es indebida la acumulación de las pretensiones principales 10 y 13, porque una es declarativa y otra de condena, tal como se expuso en su oportunidad y más adelante se reitera.

**b) Demanda de reconvención.-** De igual manera, hay demanda en forma en la reconvención.

En efecto, en ella se recoge una pretensión declarativa de exclusión de socio capitalista con la condena al mismo reconviniente al reembolso del aporte y en subsidio, al valor de \$70.500.000, valor de las cuotas sociales, o su liquidación o al que fije el Tribunal y como consecuencia, que se autorice la disminución de capital.

Ahora, como quiera que ninguna de las pretensiones se limita a diferencias de plazo y precio de cuotas societarias, circunscritas a lo dispuesto en el Art. 364 C.Co., ni se trata de desacuerdos, sometidos a la valoración pericial ante la Superintendencia de Sociedades, sino que, por el contrario, se trata de pretensiones contenciosas sobre la exclusión de socios con sus consecuencias de su compensación, no puede sino concluirse que respecto de todas sus pretensiones hay competencia, inclusive para conocimiento consecuencial de la valoración de las cuotas. Así, en vista de que todas las pretensiones tienen el mismo trámite (el arbitral) y se han acumulado de manera compatible, se concluye, como se ampliará más adelante, que dicha demanda se encuentra en debida forma.

**c) Validez del proceso.-** Así mismo, el trámite de este proceso no solo se ha adelantado debidamente para todas y cada una de las pretensiones de la demanda inicial y de reconvención, sin que haya manifestaciones de reparo sobre el particular.

**d) Conclusión.-** Luego, no habiendo defectos procesales<sup>2</sup> procede el Tribunal a su estudio de fondo.

## **2. EL LITIGIO. ALCANCE.**

El presente litigio versa sobre la eventual responsabilidad entre los socios y la sociedad y entre la responsabilidad de ellos mismos.

En efecto, en desarrollo del derecho de acción, el demandante<sup>3</sup>, en su demanda inicial plantea la eventual responsabilidad que, por infracción del Acuerdo Privado de Socios, los estatutos sociales y la ley, en que pudieron incurrir la sociedad KPMG LTDA. y algunos de sus socios y ex socios, por la exclusión del demandante, con las consiguientes declaraciones y condenas.

Por su parte, la sociedad demandada, en desarrollo de su derecho de acción<sup>4</sup>, en su demanda de reconvención plantea la declaración judicial de la exclusión del demandante inicial, como socio capitalista, con la consiguiente declaración de la cancelación o reembolso del capital aportado o el valor de sus cuotas, y la disminución del capital social.

## **3. REGULACIÓN DEL LITIGIO<sup>5</sup>.**

De allí que el presente litigio se encuentre sujeto tanto a los acuerdos sociales, los cuales no se limitan a la sociedad, sino que pueden comprender otros actos, como el de exclusión mismo, cuyos aspectos principales se exponen a continuación. Por ello previamente al estudio del caso sub-examine, se establecerá la regulación de

---

<sup>2</sup> Es la "**gravedad del defecto**" la que puede llevar a una "*decisión inhibitoria*", porque "*interpretando la demanda con un criterio razonable y lógico*", se abre la posibilidad de decidir en el fondo. (Casac. del 3 de diciembre de 1984 y Casac. del 5 de octubre de 1988).

<sup>3</sup> "*Sin embargo, el socio excluido por sus colegas tiene siempre, a nuestro entender, el **derecho a acudir** a los Tribunales para que decidan sobre lo fundado de la medida*" (Planiol y Ripert. J.Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Trad., de Mario Díaz. Ed. Cultural S.A. Habana.Tomo XI. No.1067).

<sup>4</sup> Este derecho descansa procesalmente en los arts. 2º. del C.P.C. y art, 21, inciso 2º. de la ley 1563 de 2012 y sustancialmente, en los arts. 358, num.2º. 137 y concordantes del C.Co.

<sup>5</sup> Al socio de industria "*le serán aplicables salvo pacto en contrario **las reglas** generales en materia de denuncia según el contrato tenga o no plazo de duración determinado*" (Perdices H. Antonio. La sociedad Civil. En Bercovitz Rodríguez Cano. Tratado de Contratos. Ed. Tirant. Lo Blanch. Valencia 2009. Tomo III. .p. 2823).

tales actos, para luego proceder al análisis de las pretensiones del presente litigio, así:

**3.1. Contrato y constitución social.-** Al respecto es bien sabido que el contrato social es aquel convenio mediante el cual se constituye la sociedad consistente en aquel Acuerdo que, en virtud de las libertades contractual y de asociación, hacen dos o más personas para obligarse a hacer un aporte con el fin de repartir entre sí las utilidades obtenidas de la empresa o actividad social (Art. 98 C.Co.).

**3.2. Vínculo y efectos jurídicos de la constitución social.-** Como quiera que los vínculos y los efectos jurídicos de los acuerdos sociales varían según se trate de sociedad o de acuerdo de los socios, es por lo que tratándose de aquella, es preciso distinguir el contrato social de la persona jurídica de la sociedad.

**3.3. Contrato social.-** Porque el contrato de sociedad, en virtud del principio de la relatividad de los contratos (Art. 822 C.Co. y Art. 1602 C.C.), solo produce efectos entre los contratantes, que han de ser quienes adquieran la calidad de socios, sin perjuicio de que excepcionalmente también produzca efectos con relación a terceros, como serían aquellos en cuya representación legal o voluntaria se actúa (Arts. 103 y 822 C.Co. y 1505 C.C. y 832 y ss. C.Co.) y aquellos que, sin tener representación, se estipula en su favor (derecho o beneficio), o a cuyo cargo se crea una obligación, siempre que la hayan aceptado (Art. 822 C.Co. y Arts. 1506 y 1507 del C.C.).

**3.4. Vínculos sociales.-** Con todo, es preciso resaltar que, además del vínculo societario que une a los socios con el propósito común que los reúne, también existen relaciones individuales entre cada uno de los socios y la sociedad, en las cuales asumen las calidades “de socio”, “capitalista” o de “industria”, según que sus aportes sean bienes o derechos que forman parte del capital, o sean industrias o servicios que no formen parte del mismo (con o sin estimación de valor), con los consiguientes derechos de gobierno y económicos del socio capitalista, y con los derechos de voz y de participación de las utilidades sociales mientras se está asociado, en el caso del socio de industria (Art. 822, 137 y concordantes del C.Co.).

Sin embargo, como se verá más adelante, será la forma de pago, instantánea o sucesiva, y la extensión, total o parcial, de pago del aporte de



capital o de industria, lo que determine, en forma concreta, la participación en el reparto de utilidades anuales (Arts. 150 y ss. 137 C.Co.).

**3.5. Otros vínculos.-** También es preciso destacar que, en principio, la relación social de un socio industrial con la sociedad a la cual se encuentra vinculado, es única, en el sentido de que el trabajo o servicio que se presta tan solo representa, desde el ángulo mercantil y societario, el objeto inmaterial o material constitutivo del aporte a la sociedad, con las consecuencias jurídicas del derecho a voz y a la participación de utilidades mencionadas; sin que, por otra parte, esta relación mercantil societaria esté sujeta a otras regulaciones de la misma, como las laborales y las de seguridad social.

Lo anterior no se opone a que al lado de esta relación social, estrictamente mercantil y societaria, también puedan presentarse formal o materialmente, o en ambas formas, otras relaciones jurídicas, como la laboral de un contrato de trabajo o la civil de un contrato de prestación de servicios, casos en los cuales estas relaciones estarían reguladas por las disciplinas pertinentes, con sus respectivas consecuencias, sin perjuicio de las relaciones que puedan existir entre aquella relación de socio y estas relaciones extrasociales que, según el caso, pueden ser de dependencia o no.

**3.6. Desarrollo de los vínculos.-** Finalmente, también debe resaltarse que tampoco existe obstáculo alguno para que dentro de estas categorías sociales pueda una de ellas transformarse en otra, o que ellas puedan concurrir, siempre que sean compatibles, tales como las de socio industrial y socio capitalista.

**3.7. Persona jurídica social.-** En cambio, la sociedad, como persona jurídica, no solo genera un nuevo sujeto de derecho (Art. 2º. C.Co. y Art. 633 del C.C.), sino que le da "individualidad propia" que la distingue de los "socios individualmente considerados" (Art. 98, inc. 2º. C.C.) con denominación, domicilio, patrimonio y demás aspectos propios (Art. 100 C.Co.), que, a su vez, le permite realizar "una empresa o actividad social" (Art. 101 inc.1º. C.Co.), esto es, le autoriza realizar actos y establecer relaciones con otras personas, naturales o jurídicas, con "capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones" (Art. 822 C.Co. y Art. , 633, inc. 1º. C.C.).

Luego, la sociedad como persona jurídica se encuentra vinculada a las normas esenciales del contrato social, de sus reformas sociales y de las normas que la regulan (Arts. 98, 105, 158, 191, 196 y concordantes del C.Co.), para el desarrollo de su actividad interna o externa, es decir, para establecer sus relaciones frente a los socios y frente a los terceros.

Además, al igual que los socios individualmente considerados y las demás personas naturales, la sociedad no solo puede celebrar contratos o convenios con las demás personas, sino que también puede celebrarlos con los socios, siempre que no haya conflicto de interés. En este evento, tales contratos o convenios, en virtud del principio de la relatividad contractual, solo vinculan a la sociedad como persona jurídica y a los demás contratantes, salvo que exista representación legal o voluntaria o estipulación a favor o a cargo de terceros en los términos ya expuestos (Art. 832, 822 y concordantes del C.Co. y Arts. 633, 1505, 1506 y 1507 del C.C.).

**3.8. Contenido social.-** Acorde con lo anteriormente expuesto, la constitución social debe tener el contenido que se adecúe a su alcance, naturaleza y desarrollo diverso.

**3.8.1. Alcance.-** Ahora, si bien es cierto que el contenido social desarrolla el objeto expresado en el contrato de sociedad, no lo es menos que la ley señala lo que debe contener la escritura de constitución, contemplado en los artículos 110 y 113 del Código de Comercio, cuya omisión debe subsanarse con escritura adicional, so pena que se incurra en irregularidad con las consecuencias legales sustanciales y probatorias pertinentes (Arts. 116, 117 y 118 del C.Co.), a menos que la ley supla la omisión correspondiente, tal como ocurre con las facultades de los administradores de las sucursales (Art. 114 C.Co.).

**3.8.2. Naturaleza.-** Sin embargo, de acuerdo con lo dispuesto en el citado artículo 110 del Código de Comercio son imperativos los aspectos esenciales para el funcionamiento social, tales como la denominación, la clase o tipo de sociedad, el domicilio, el objeto, el capital, la forma de administrar y los órganos, los inventarios, la duración, la representación y control fiscal, etc.

En tanto que son meramente eventuales, es decir, que pueden indicarse o no, de un lado, la cláusula compromisoria o pacto arbitral,

porque depende de la voluntad de los socios, “sí” así lo deciden “afirmativamente”, como se desprende del numeral 11 del Art. 110 del C.Co., caso en el cual dicha cláusula puede limitarse a las controversias entre sociedad y socios, o comprender también las controversias entre éstos; y puede limitarse a los asuntos del contrato social o extenderlos a los asuntos sociales que directa o indirectamente tengan que ver con tales sujetos, etc., y del otro, “los demás pactos” convenidos para regular las relaciones a que da origen el contrato social, porque también depende de que así “los estipulen” (Art. 110, num. 14 C.Co.) y que sean compatibles con “cada tipo de sociedad”. Pero, en este caso afirmativo, dicha cláusula compromisoria societaria, por hacer parte de los estatutos resulta obligatoria y vinculante interna (para los socios) y externamente (Arts. 110, 112 y 158 C.Co.)<sup>6</sup>, sin que sea necesaria la participación o aceptación del socio ausente o disidente, si dicha cláusula se convino con las mayorías legales o estatutarias. Dentro de dichos pactos, también hay algunos que por su importancia social y conveniencia (mas no obligatorio) suelen acordarse, como ocurre con la distribución de utilidades, pero en el caso de que no se convenga, la ley establece los límites y la forma de hacerlo (Arts. 150 y s.s. C.Co.).

**3.8.3. Desarrollo Diverso.** Con todo, como quiera que el contenido del contrato social se determina para el desarrollo de “una empresa”, de “una actividad”, o de “un negocio” (como explotación económica) (Arts. 98, inc.1o. y 110 num.4 C.Co.), es por lo que aquella o ésta, al ejecutarse con posterioridad al contrato social, dan origen a muchas actuaciones que pueden conllevar una serie de derechos y obligaciones, así como de negocios jurídicos que, aunque derivados, tengan autonomía propia.

En lo que toca con la sociedad pueden citarse, de una parte, el derecho de esta última a exigir el pago del aporte a que se ha obligado el socio (Art. 125 C.Co.), así como la facultad que le asiste para aceptar o no las obligaciones contraídas a su nombre sin su consentimiento, etc. (Arts. 822 C.Co. y 1507 C.C.); y, de la otra también deben mencionarse las obligaciones de la sociedad de

---

<sup>6</sup> Ello obedece a que “los estatutos son el conjunto de reglas acordadas para regir el funcionamiento y las relaciones internas y externas de la sociedad” (Narváez García, José Ignacio. Teoría General de las Sociedades. Ed. Legis. Bogotá. 2008. P. 152).

distribuir y pagar las utilidades (Arts. 150 y ss. C.Co.) y la de responder por los daños ocasionados a los socios y a terceros (Art. 200 y 822 C.Co. y Art. 2341 del C.C.). Así mismo, debe resaltarse la serie de negocios jurídicos que, dentro de los límites legales, la sociedad puede celebrar con los socios y los terceros, tal como sucede con los contratos de trabajo, los contratos de prestación de servicios, etc.

Respecto a los socios, también es preciso mencionar, los derechos que le asisten a estos últimos en relación con la administración y los económicos derivados de su cuota social<sup>7</sup>; los deberes de socio, en cuanto al aporte y a la responsabilidad que le incumbe, según el tipo de sociedad y los negocios jurídicos de socio, como los de cesión de su derecho social, etc.

**3.9. Acuerdo de los socios.-** Se trata de otra forma de acuerdo social que difiere del alcance, vinculación jurídica, contenido y desarrollo del citado contrato social.

**3.10. Alcance.-** Los “acuerdos de los socios”, llamados algunas veces “Acuerdo Privado de los socios”, en vista de que en ellos no participa la sociedad en la cual están asociados, son aquellos convenios que celebran directamente o por adhesión quienes ostentan la calidad de socios, a fin de regular entre ellos y excepcionalmente con relación a terceros, sean extraños o la misma sociedad, sus relaciones como socios o simples particulares.

**3.11. Procedencia.-** La procedencia de estos acuerdos de socios radica en la posibilidad jurídica de su celebración y de su eficacia.

**3.11.1.Necesidad jurídica.-** Si bien es cierto que el contrato y los estatutos sociales son suficientes para llevar a cabo, sin traumatismo alguno, la actividad o empresa común acordada, también lo es que, en otros eventos, se hace necesario que haya decisión del socio contratante o que existan acuerdos de socios (personas naturales o jurídicas) que, por sus individualidades (como sucede en los grupos

---

<sup>7</sup> Estos son los principales derechos de socios (Garrone José A. y Castro S. Mario. Manual de Derecho Comercial. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1996. P. 266).

empresariales) o diversidades o por la naturaleza de sus actividades, requieran convenios previos de carácter operativo que posibiliten el funcionamiento adecuado de la sociedad, en torno al logro de la finalidad común perseguida.

**3.11.2.Posibilidad jurídica.-** Dicho Acuerdo resulta viable<sup>8</sup> porque descansa: De una parte, en la autonomía que tienen los negocios jurídicos de los socios sobre aspectos sociales que se derivan del desarrollo de la sociedad, tal como antes se dijo; y de la otra, en la facultad que le asiste a los socios para ejercer libremente, en forma individual o colectiva, el derecho a celebrar negocios jurídicos (Art. 824 C.Co.) y a ejercer en ellos los derechos de socio de gobierno (como los de administración y fiscalización) y los patrimoniales (como los de utilidades, contrataciones, compensaciones, etc.) (Art. 379 del C.Co.).

**3.11.3.Eficacia jurídica.-** Además de ello, la legislación actual prevé su eficacia jurídica general y particular. En efecto:

Cuando el Art. 118 del C.Co. prescribe que “frente a la sociedad y a terceros no se admitirá prueba de ninguna especie contra el tenor de las escrituras” y, agrega, que “ni para justificar la existencia de pactos no expresados en ella”, implícitamente está reconociendo la eficacia jurídica de estos pactos o acuerdos de socios que se hacen al margen, por fuera o adicionalmente a la escritura pública; solo que, en principio, les pone un límite, consistente en que tales pactos o acuerdos no pueden alegarse “frente a la sociedad y a terceros”, esto es, que les son inoponibles, y que tampoco pueden “probarse” contra el tenor de la escritura, lo que significa, en otros términos, la prevalencia de ésta última sobre aquellos pactos o acuerdos. Lo que quiere decir, contrario sensu, que dichos pactos o convenios no solo pueden existir, sino que, en caso de presentarse, tienen efectos entre las partes, aquí los socios, pero que también pueden producir efectos a favor de la sociedad y de terceros, porque la limitación se refiere a que no pueden alegarse “efectos adversos” o “contrarios” del tenor literal de dichas escrituras públicas. Más aún, como veremos en su oportunidad, dichos acuerdos de socios también son posibles en

---

<sup>8</sup> “De allí que sea posible....con la ventaja frente a las sociedades de capital de que no existe obstáculo alguno **para pactar** regímenes de adopción por unanimidad es decir, el régimen natural, de la sociedad común donde allí sea más conveniente” (Perdices H. Antonio. La Sociedad Civil. ob.cit. Tomo III. P.2821).

aspectos adversos a la sociedad y a terceros, cuando aquella o éstos los hayan aceptado como terceros (Arts. 822 del C. de Co., 1506 y 1507 del C.C.). Además, la legislación colombiana, siguiendo este criterio, de un lado, reconoce los acuerdos privados de accionistas<sup>9</sup> y los acuerdos, o contratos que generen relaciones de subordinación u orientaciones o reglas de grupos de empresas<sup>10</sup> y, del otro, la misma legislación también reprocha los actos defraudatorios que puedan cometer ciertas sociedades, como las sociedades anónimas simplificadas<sup>11</sup>.

**3.12. Límites.-** Sin embargo, la procedencia de estos acuerdos de socios no es absoluta, porque, como ocurre con todo negocio jurídico, inclusive el mercantil, tienen como límites el orden público (principalmente de derecho privado y de derecho laboral), las buenas costumbres y las normas imperativas, especialmente aquellas que se refieren al cumplimiento de los requisitos de sus elementos de fondo, como son capacidad, voluntad libre y exenta de vicios, objeto, causa y legitimación, así como su elemento de forma, en este caso, de la consensualidad, tal como pasa a verse.

**3.13. Naturaleza jurídica.-** Ahora bien, concordante con lo expuesto los referidos acuerdos de socios tienen no solo una naturaleza jurídica negocial, sino que ésta tiene carácter especial.

**3.13.1. Negocial.-** Indica que los acuerdos de socios no son simples hechos sociales, como lo serían la concurrencia o asistencia al lugar de la sede o el disfrute de un bien social, ni tampoco se trata de la mera concurrencia de voluntades para la integración de un acto colectivo, como lo sería la intervención en una votación; sino que, por el contrario, se trata de una declaración de voluntad de varias personas que, de acuerdo con las normas arriba citadas, permite no solo

---

<sup>9</sup> De allí que no se trate de “condiciones generales” o “condiciones generales predispuestas, porque estas indican un conjunto de estipulaciones reguladoras y abstractas destinadas a darle uniformidad a “una pluralidad de relaciones”. Por esta razón, a diferencia de estas condiciones, que tienen tratamiento especial (Rezzonico Juan. Contratos con cláusulas predispuestas. Ed. Astrea. B. Aires. Nos. 54 y 396).

<sup>10</sup> De conformidad con el numeral 3 del Art.261 del C.Co. modificado por la ley 222 de 1996 puede existir un “acto o negocio” entre la sociedad matriz y “la sociedad contratada o con sus socios” con el propósito de ejercer una “influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad”.

<sup>11</sup> En caso de “actos defraudatorios” en perjuicio de terceros, los administradores y accionistas “responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados” (Art. 42 de la ley 1258 de 2008).

concertar o convenir determinados aspectos sociales, sino también la de establecer vínculos y efectos jurídicos con un propósito común, tal como más adelante se señala<sup>12</sup>.

**3.13.2.Especial (Características).** Sin embargo, se trata de un negocio jurídico especial, porque goza de características particulares que permiten reconocerle dicha connotación. En efecto: Es un negocio jurídico que, además de plural y social, por estar integrado por dos o más declaraciones de voluntad que se refieren a aspectos sociales, tiene como características particulares las siguientes: Es un negocio principal, porque tiene existencia por sí mismo y, por lo tanto, independiente del contrato social y de la sociedad a la cual pertenecen las partes que lo celebran. Es un negocio derivado, porque, a pesar de ser independiente de la sociedad a la cual pertenecen sus autores, se trata de un negocio que deriva de ella, que la presupone, y que, por tanto, no solo es posterior al contrato social y a la sociedad, sino que dicho Acuerdo presupone la calidad de socio de sus autores al momento de celebrarlo o adherirse a su contenido, pues procura su desarrollo. Es un negocio planificado, porque hace parte de la política de explotación del objeto al cual se refiere la sociedad, pues en tal virtud se celebra el contrato social y luego los acuerdos privados de los socios, para cumplir los fines de aquellas directrices. Es un negocio fiduciario, en el sentido estricto de la palabra<sup>13</sup>, en cuanto se funda en la buena fe de los socios con un propósito común y por tanto, basado en las condiciones personales y confidenciales de sus autores. Es un negocio operacional por cuanto tiene como objeto la regulación operativa para darle funcionalidad a la sociedad, especialmente en su gobierno y las principales regulaciones administrativas a tener en cuenta (especialmente, en materia de relaciones laborales y sociales de los socios, de utilidades, etc.), así como en cuanto a su funcionalidad. Es un negocio obligacional en cuanto sus efectos son los de crear obligaciones, derechos y responsabilidades de los socios entre

---

<sup>12</sup> Recuérdese que para Francisco Messineo el acto colectivo es una comunidad de declaraciones de voluntad, que consiste en *"el concurso de varias declaraciones de voluntades en que la voluntad de dos o más sujetos y las demás correspondientes declaraciones, son del mismo contenido, están dispuestos paralelamente, se unen entre sí y tienden a un fin común y a un común efecto jurídico, en el que participe cada uno de los declarantes"* (Manual de Derecho Civil y Comercial. Traduc. Santiago Sentis M. Tomo II. No. 35-2).

<sup>13</sup> Por lo tanto, difiere de los negocios fiduciarios comunes, ya que estos, a diferencia del acuerdo de socios, son bilaterales y de transferencia o atribución de derechos (Cons. Messineo F. ob. cit. Tomo II No.43.11).

sí, así como de éstos frente a la sociedad, en los aspectos de su contenido. Es un negocio de eficacia social, porque no solo se refiere a aspectos sociales entre los socios y de éstos con la sociedad, sino que también persigue ser trascendente frente a ésta y, si fuere el caso, frente a terceros, razón por la cual dicho Acuerdo Privado de Socios también es susceptible, de un lado, que pueda vincular a la sociedad en lo que le favorezca y en lo que la grave, en este último caso cuando lo acepte; y, del otro, que pueda generar una relación de control o subordinación frente a la sociedad.

### **3.14. Vínculo y efectos jurídicos de los Acuerdos de socios.-** Dichos vínculo y efectos varían según que participe o no la sociedad.

Cuando el Acuerdo no solo lo celebran los socios, sino también la sociedad a la cual pertenecen, dicho Acuerdo, sin lugar a dudas, a todos ellos vincula.

En tanto que cuando el Acuerdo solo lo celebran los socios, dicho convenio, de acuerdo con el principio de la relatividad contractual o negocial, no sólo vincula a quienes lo suscriben sino también a quienes se adhieren a este negocio contemporáneo de carácter asociativo abierto a nuevos socios<sup>14</sup>.

En principio, dicho Acuerdo no vincula a la sociedad a la cual pertenecen (Arts. 822 C.Co. y 1602 C.Co.). Por esta razón, los acuerdos o pactos así celebrados, esto es, al margen de la sociedad, le son inoponibles e inacreditables frente a ésta y a los terceros (Art. 118 C.Co.).

Diferente de la situación precedente, es aquella en que no habiendo intervenido materialmente la sociedad, esta última queda jurídicamente vinculada, lo cual acontece cuando dichos socios hubieran obrado legal o voluntariamente a nombre de la sociedad (Arts. 832, 822 C.Co., y 1505 C.C.), o cuando no teniéndola, ni siquiera en forma aparente<sup>15</sup> y sin ánimo perjudicial<sup>16</sup>, los socios, al igual que los estipulantes obligacionales, hubieran

---

<sup>14</sup> Lafont P. Pedro. Manual de Contratos. Ed. Librería del Profesional. Bogotá. 2009. Tomo I No.103).

<sup>15</sup> Como sucede con el contrato **por terceros**, esto es, aquel que "se contrata por otro sin tener su representación ni mandamiento, negándole la ley eficacia aún frente a quien actúa como falso procurador". Hay "inoponibilidad frente al tercero" (Garrido y Zago, Ob. cit. p.s. 322 y 323).

<sup>16</sup> Contratos en **perjuicio de terceros** son aquellos que con intervención (fraudulenta) o no (violatorio de prohibiciones) ocasionan dichos daños (Garrido y Zago. Ob. cit. pag. 316).



estipulado beneficios<sup>17</sup> o establecido obligaciones<sup>18</sup> a cargo de la sociedad o el patrimonio social<sup>19</sup>, o más aún, hubiesen contratado a favor de la sociedad, siempre que en estos eventos, dicha sociedad o titular, la hubiere proyectado, o, en su lugar, posteriormente hubiere aceptado expresa o tácitamente (Arts. 822 C.Co. y 1506, 1507, 1753 y 1754 C.C.), dichas obligaciones, derechos o, incluso, el contrato (12c), tal como arriba quedó expuesto.

### **3.15. Contenido del Acuerdo de socios.** A diferencia del contrato social, los acuerdos de socios tienen un alcance y clases diferentes.

**3.15.1. Alcance. Límites.** En efecto, si los acuerdos de socios se fundan en la libertad negocial y los derechos que aquellos tienen, su alcance puede cobijar todos los aspectos del contrato social y otros que deseen, siempre que, de acuerdo con las reglas generales, no violen las normas de orden público, las de carácter imperativo y las buenas costumbres, sean de derecho privado o de derecho laboral (Arts. 899 y 822 del C.Co; y Arts. 16, 1519 y 1521 del C.C.).

Con todo, estos acuerdos si bien son obligatorios entre los socios, como lo es una ley, en el sentido mencionado (Arts. 822 C.Co. y 1602 C.C.), no alcanzan a tener el carácter de normatividad social, como sí la tienen el contrato y los estatutos sociales. Por tanto, los acuerdos pueden ser de alteración o desarrollo social.

**a) Acuerdo de alteración social.-** Estos acuerdos, como su nombre lo indica, son aquellos convenios que alteran el contrato social, especialmente su contenido, en forma absoluta o relativa, tal como cuando consisten en señalar la apariencia de una sociedad, cuando

---

<sup>17</sup> "El **contrato a favor de terceros** es aquel en virtud del cual una parte llamada estipulante, por interés propio, aunque no sea natural conviene con la otra parte que la prestación se efectúe a favor de un tercero, el cual, salvo si las partes no estipulan otra cosa, adquiere directamente y con autonomía el derecho a la prestación, sin que tenga que observar buen comportamiento alguno propio" (Muñoz Luis. Contratos., Ed. Trad. Buenos Aires 1960. Tomo 1. No.150).

<sup>18</sup> El contrato a **favor de terceros** se **distingue** del contrato a cargo de terceros, ya que aquel "no es en realidad" asumir obligaciones por otro, sino celebrar un convenio a favor de otro, un tercero respecto del convenio base. (Garrido Fortunato G., Roque y Zago Jorge A. Contratos Civiles y Mercantiles. Ed. Universidad Buenos Aires. 1987. P. 317).

<sup>19</sup> Los contratos sobre **el patrimonio de terceros**, generalmente no los afecta, pero puede producir algunos efectos (Garrido y Zago. Ob. cit. p. 323), tal como sucede con la venta de cosa ajena.

en realidad no existe, o cuando acuerdan que determinado socio es aparente, porque el socio real es otro oculto.

En tal evento, dichos acuerdos solo son oponibles a quienes vinculan como vimos anteriormente (Arts. 824, 864 y 822 C.Co., y Art. 1602 .C.), y, en cambio, son absolutamente inoponibles a la sociedad y a los terceros a quienes, siendo ajenos, perjudiquen, porque frente a ellos solamente es oponible la escritura de constitución y sus reformas debidamente registradas (Art. 118 C.Co.)

- b) Acuerdo de desarrollo social.-** En cambio, estos acuerdos, a diferencia de los anteriores, no alteran directamente el contrato social, sino que facilitan su desarrollo y, si fuere el caso, permiten su modificación posterior, de conformidad con las solemnidades y requisitos que exige la ley, bien sea por intervención directa y previa de la sociedad, o por intervención posterior ratificatoria. Ello acontece, en lo que interesa al caso sub-examine, con los pactos de adquisición o cambio de calidad de socio, de gobierno corporativo, de distribución de utilidades, de exclusión de socios y de regulación de retiro, tal como pasa a verse.
- c) Acuerdo sobre gobierno Corporativo.** También es posible que los socios, en uso de la libertad y derechos arriba indicados, regulen la forma como habrán de ejercer sus derechos de administración y fiscalización, señalando reglas o criterios de elección, de comportamiento, de crecimiento y desarrollo del negocio y, en general, pueden convenir directrices o políticas de gobierno, lo que suele hacerse espontáneamente o como consecuencia de decisiones de grupos económicos o de contratos (como los de franquicia, los de marca, etc.)
- d) Acuerdo sobre cambio de la calidad de socio.-** Si la ley permite el aporte de industria estimable o no en un valor determinado, pudiendo en el primer caso capitalizar su aporte (Art. 138 C.Co.), a quienes, por esta razón, también vincula frente a los socios, no hay obstáculo para que en el Acuerdo de socios igualmente se convenga la posibilidad de que un socio industrial propiamente dicho, sea socio capitalista, indicando las condiciones del caso, así como su formalización.

**e) Acuerdo de distribución de utilidades.-** Si bien es cierto que una de las condiciones del contrato social es la de “repartirse las utilidades”, o, en su caso, las “pérdidas” que resultan de la empresa o actividad (Art. 98, inc.1º. C.Co.), también lo es que tan solo se exige que en los estatutos se indique “la forma en que han de distribuirse los beneficios o utilidades (Art. 110 Num. 8º. C.Co.), siempre que respete el derecho del socio a la participación, el cumplimiento de las reservas, la justificación contable y la aprobación debida (Arts. 150 y ss. C.Co.).

**3.15.2. Acuerdo sobre exclusión de socios.** Ahora, como quiera que “la exclusión”, a diferencia del “retiro”, no es voluntaria sino forzada, es por lo que este último resulta justificado en ciertos casos (Arts. 127 y 168 C.Co. en la redacción de los Arts. 12 a 17 de la ley 222 de 1995), en tanto que aquel fenómeno, el de la exclusión, es una sanción civil tan excepcional que solamente resulta procedente cuando así se encuentre autorizado por su fuente, causas y ejercicio, tal como a continuación se expone.

**a) Fuente reguladora.** Ahora bien, para el Tribunal la fuente reguladora de esta exclusión puede ser la ley o la voluntad de los interesados. Aquella sólo contempla la exclusión en caso de incumplimiento de pago, la nulidad de la declaración de socio, la explotación de los mismos negocios o el retiro de bienes de la sociedad colectiva o administración de sociedad por acciones del mismo objeto social (Arts. 125, 109, 129, 298, 308 y 297 C.Co.). Pero ello no impide que el contrato social consagre en sus estatutos como pacto accesorio una “cláusula de exclusión de socios” (Art. 110 Num. 14 y 118 C.Co.), o que los socios acuerden entre ellos con la aceptación de la sociedad, en virtud de la libertad negocial y los derechos de administración, una “cláusula de exclusión de socios”, siempre que: De una parte, la sociedad no solo acepte dicha exclusión convencional y la formalice como reforma al contrato social, para que haga parte de los estatutos (Art. 110 num.14 y 158 C.Co.) y pueda adoptarse la exclusión por los órganos de administración correspondientes (Arts. 188, 191 y 196 C.Co.), porque, si como se vio, dicho fenómeno implica la extinción de la calidad de socio, esto es, de la calidad de uno de los

miembros vinculado por aquel contrato o reforma social solemnizada, ello indica, entonces, que solo puede ser desvinculado, con base en la exclusión, en la misma forma solemne o, en subsidio, mediante decisión judicial que igualmente así lo ordene y de la otra, es necesaria la compatibilidad de la naturaleza de dicha cláusula con la índole del tipo de sociedad (Art. 110 num.14 C.Co.). Lo primero indica que la cláusula de exclusión, debido a su naturaleza disciplinaria de sanción civil, porque priva de la condición de socio, no solo debe prever las causas que le dan origen, sino también el procedimiento que respete el debido proceso frente a la sociedad que ejerce un poder dominante o el socio excluido se encuentre en situación de subordinación o indefensión (parte final del Art. 23 C.Pol. y Art. 42, num.9. del Dec.2591 de 1991). Y lo segundo, que dicha sanción se acomode al tipo de sociedad que, en el caso de la sociedad de responsabilidad limitada, ha de ser la responsabilidad de que la administración haga uso legítimo de esa atribución de exclusión para garantizar el desarrollo de su objeto (Art. 358, 110 num.4º. C.Co.).

- b) Causas.-** De allí que las causas de exclusión no puedan ser otras que comportamientos constitutivos de unas faltas graves que comprometan el funcionamiento de la sociedad, tal como sería haber sido sancionado penalmente, por delitos de lavado de activo o de acoso sexual, haber cometido una infracción laboral de convivencia, tal como ocurre con el acoso laboral (ley 1010 de 2006 y Sent. Corte Const. del 14 de noviembre de 2007), o haber incurrido en una falta grave contra la ética profesional o empresarial, tal como haber obrado o actuado estando en conflicto de su interés, o con violación de los secretos empresariales, o el Código de ética del grupo empresarial o de la empresa, etc.
- c) Ejercicio.** Así mismo, se hace indispensable que dicha cláusula contemple no solo el órgano competente sino también el procedimiento con las pruebas pertinentes, que garanticen no solo la mera intervención del eventual implicado, sino más aún su derecho de defensa. Ello obedece a que salvo que exista voluntad en la separación (caso que se trata de retiro o cesión), se trata de una relación entre un órgano con potestad sancionadora frente al

socio sancionable, que no es igualitaria, como ocurre generalmente entre socios, sino que, en este caso, suele implicar una relación de subordinación de esta fuente a aquella potestad, razón por la cual deben respetarse los mencionados derechos fundamentales (Art. 23 C.Pol. y Art. 42 num.9 Dec.2351/92).

**3.15.3.Acuerdo sobre el retiro.** Es aquel convenio que regula planificadamente los retiros (voluntarios u obligatorios) o separaciones (por muerte o incapacidad) de los socios, para que con base en un fondo financiado por ellos y por otros entes, depositado en una entidad financiera, puedan, al momento del retiro, asegurarle al socio retirado, una compensación civil económica, parcial o plena, única o sucesiva, con el propósito, de un lado, de garantizar una larga fidelidad o permanencia ética dentro de la sociedad, y, del otro, de asegurarles una compensación económica para su post-retiro. Así mismo, los acuerdos también pueden definir la naturaleza jurídica del fondo, esto es, si es un fondo común o especial. El primero sería, un fondo regulado por la legislación mercantil, esto es, integrado por reservas de una empresa con una destinación específica, que, a pesar de que tenga reglas de administración, con la utilización y finalidad especial, se trata de un fondo que carece de autonomía jurídica distinta al fondo de la empresa donde se hace y acumula la reserva (Arts. 154 y 110 num. 8 C.Co.). Por su parte, el segundo sería un fondo con autonomía jurídica propia y que, por lo tanto, asume tanto los beneficios, riesgos y responsabilidades, tal como ocurriría con los fondos de fiducia (Art. 1227 C.Co.).

**3.15.4.Acuerdo sobre solución de diferencias.-** Son aquellos convenios de los socios que señalan la forma de dar solución a sus diferencias, bien sea de manera directa o indirecta, y, en este último caso, acudiendo a la mediación, amigable composición, conciliación o arbitraje. Así mismo, los socios no solo pueden limitar estos acuerdos a las diferencias relacionadas con ellos, sino también ampliarlos a otros aspectos sociales. De la misma manera pueden limitarlos a las diferencias entre ellos, o, por el contrario, ampliarlos a la sociedad o sociedades a las cuales pertenecen, e, incluso, pueden convenir que las diferencias se resuelvan con la sola intervención de estas sociedades. Pero en este caso, por tratarse de una estipulación compromisoria a cargo de terceros, como son las sociedades, se

requiere, conforme a la ley (Arts. 822 C.Co. y 1506 C.C.), la aceptación expresa o tácita de estas últimas.

**3.16. Exclusión de Socios.-** Diferente del contrato social y del Acuerdo Privado de socios es el acto o negocio jurídico de exclusión de socio, porque mientras aquellos son, además de la ley, una fuente reguladora de la exclusión social, el segundo no solo es un acto o negocio jurídico posterior y, en algunas veces, subordinado a ellos (en caso de exclusión voluntaria ajustada a la ley), sino que también aparece como un acto o negocio jurídico autónomo en desarrollo de la sociedad, con alcance, naturaleza y características propias, tal como brevemente a continuación se expone.

**3.16.1 Alcance.-** Pues bien, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia la exclusión de socios es una institución legal o voluntaria<sup>20</sup>, que consiste en una sanción civil<sup>21</sup> a la infracción de la normatividad social<sup>22</sup>, en virtud de la cual, cuando quiera que por motivos legales<sup>23</sup> o convencionales<sup>24</sup>, se altere la confianza<sup>25</sup> o el funcionamiento de la sociedad<sup>26</sup>, los demás socios, a través de los órganos pertinentes,

---

<sup>20</sup> "La exclusión puede ser de **derecho** cuando es declarado en quiebra o se le haya liquidado en cuota u ordinario": La exclusión **por obra de los demás socios** está legitimada o por graves incumplimientos de las obligaciones derivadas y de la ley, ya del contrato, o por sobreviniencia de interdicción o inhabilitación". (Barbero Doménico. ob. cit. No.859).

<sup>21</sup> En las sociedades colectivas la **exclusión** es una "**sanción** para el socio que incumple gravemente sus deberes para con la sociedad" y por lo tanto, "*queda privado de los beneficios que puedan obtenerse con estas operaciones (los pendientes al momento de la exclusión), aunque no así de las posibles pérdidas*" (Brosseta Pont Manuel. Manual de Derecho Mercantil. Ed. Tecnos. Madrid. 1978 p.185).

<sup>22</sup> "Por la índole punitiva que reviste la exclusión, **el motivo** que la genera siempre debe estar previamente previsto en la ley o los estatutos, sin que pueda extenderse por analogía a situaciones semejantes". Por ello la exclusión, a diferencia del retiro, "*siempre ha de aparecer como sanción a determinados comportamientos*" (Narváez G. José I. Teoría General de las sociedades. Ed. Legis. Bogotá, 2008 ps. 166 y 167).

<sup>23</sup> Algunas legislaciones, como la Argentina, contemplan como **justas causas** para la exclusión la cesión de los derechos, estando prohibido, al incumplimiento de las obligaciones, la sobreviniencia de incapacidad; la pérdida de confianza por insolvencia, la fuga, el crimen, la mala conducta o provocación, etc. (Garrido y González de G. Ob., cit. p. 325).

<sup>24</sup> En cambio, tratándose de exclusión de un socio de una sociedad, la **interpretación** debe ser restrictiva, por lo cual será necesario que esté acreditada, en debida forma, la justa causa; salvo, naturalmente, el reconocimiento voluntario por parte del socio saliente" (Garrido y González de G. ob. cit. p. 325).

<sup>25</sup> En la pérdida de la **confianza** de los otros socios, "*deben existir motivos graves debidamente probados, para admitir la exclusión del socio que no puede basarse en el mero capricho de los otros integrantes de la sociedad*" (Garrido y González de G. ob. cit. Pág. 325).

<sup>26</sup> Cabe la **exclusión** como socios de todo aquel que ha perturbado el normal funcionamiento de la sociedad y no comprometido sus intereses por falta de affectio sociatatis y de vocación, para el trabajo en común haciendo imposible la confianza que debe existir entre los socios, convirtiéndose en el único culpable del estado de discordia remanente entre esta

pueden, previo procedimiento y comprobación de la comisión de la conducta prevista como causal, imponer dicha sanción de exclusión de socio, a fin de que, de una parte, acarree la extinción de la calidad de socio y su expulsión de la sociedad, con la consiguiente compensación de la cuota de participación<sup>27</sup> y de la otra, consecuentemente impere o se restablezca la funcionalidad social<sup>28</sup>, prevista en la ley, los estatutos y los convenios sociales que le sean vinculantes, esto es, el contrato social y los acuerdos privados de socios que vinculen a la sociedad.

**3.16.2 Naturaleza y características del acto de exclusión.-** Así mismo, diferente de la regulación del Acuerdo de exclusión, contemplado en el contrato social o en el Acuerdo de socios que obliga a la sociedad, es el acto mismo de exclusión social, el cual tiene como naturaleza jurídica, la de ser tanto un negocio, como un hecho jurídico, con las modalidades que más adelante se indican.

**3.16.3 Exclusión de socio como negocio jurídico.** La exclusión en sí misma considerada, puede ser, como arriba se dijo, un negocio jurídico que, de acuerdo con la ley, puede resultar regular o irregular.

**3.16.4 Exclusión regular.** La exclusión de socio como negocio jurídico regular viene a ser aquella declaración de voluntad que, de acuerdo con la ley o, en su caso, con el contrato social o el Acuerdo de socios vinculante, tenga por finalidad la extinción de la calidad de socio y, por lo tanto, la expulsión jurídica de dicho miembro de la sociedad.

En tal virtud, este negocio jurídico regular presenta, entre otras, las siguientes características:

---

Jurisprudencia Argentina. En Garrido F. y González de G. Rosa Contratos Típicos y atípicos. Ed. Universidad. Buenos Aires. 1984 p.342).

<sup>27</sup> La exclusión **hace “cesar” la relación** solo respecto de un socio y da lugar al “derecho a una suma de dinero correspondiente al valor de su cuota de participación” (Barbero, Domenico. Sistema de Derecho Privado. Trad. Santiago Sentis M. Ed. Ejea. Buenos Aires. 1967 Tomo IV. No.859).

<sup>28</sup> “La ley autoriza entonces a los asociados cumplidos no dejar de cumplir sus propias obligaciones ni pedir la restitución de los aportes ya hechos, sino **a prescindir del socio o socios** que no han podido o no pueden realizar el propósito de colaboración que los lleva a asociarse para continuar ellos solos la sociedad” (Pinzón José Gabino. Derecho Comercial. Ed. Temis. Bogotá, 1960. No.20).

- Es un auténtico negocio jurídico, por cuanto dicha declaración de voluntad, con sujeción a la ley o a los convenios sociales vinculantes, ha de producir los efectos jurídicos mencionados; y, por lo tanto, debe reunir los requisitos de fondo pertinentes, especialmente los de capacidad, voluntad libre y exenta de vicios, objeto y causa lícitas, legitimación del órgano competente, etc., sin perjuicio de la forma solemne, la cual se menciona más adelante.
- Es un negocio principal, porque tiene existencia negocial por sí mismo, sin perjuicio de que de él puedan derivarse otros negocios jurídicos, como podrían ser los de cesión de cuotas, reducción de capital, disolución de la sociedad y pago del valor de las cuotas.
- Es un negocio solemne, porque, al modificarse la relación de socios anteriormente existente en la escritura pública de constitución y sus reformas y al modificarse, si fuere el caso, el capital (en su reducción), se requerirá, entonces, que la decisión de exclusión se formalice en la escritura pública correspondiente y, en caso de reducción de capital, le preceda la autorización correspondiente de la Superintendencia de Sociedades (Arts. 158, 166, 122, 145, 147, 365 del C. de Co. y Art. 86 num.7 de la ley 222 de 1995).
- Es un negocio jurídico social porque solamente es atribuible a la sociedad y, si fuere el caso, a la persona jurídica social que adopta la decisión correspondiente, aun cuando los socios sean partícipes de la misma, porque, en este caso, estos socios obran como administradores de aquella sociedad, que es la que verdaderamente actúa con dicha decisión.
- Es un acto de ejecución social, esto es, que surge en desarrollo de una sociedad, y, por lo tanto, puede resultar ajustado o no (indebido) a la regulación legal o convencional a la cual está sometido.



- Es un acto punitivo, porque implica, como arriba se dijo, una “sanción civil”, y, por lo tanto, no existe libertad de los demás socios para excluir a uno o a algunos en particular, sino que, por el contrario, solo puede adoptarse de manera excepcional dentro de los límites de las condiciones, causas y procedimientos previstos en la regulación pertinente.
- Es un negocio jurídico unilateral, porque basta la declaración de voluntad de la sociedad, adoptada en la decisión de exclusión, para que ella se estructure y tenga existencia como tal, sin que se requiera, de una parte, la aceptación por parte del excluido y de la otra, la adopción de aprobación o confirmación voluntaria o judicial posterior, sin perjuicio de la eventual intervención judicial a la que se hace mención posteriormente.
- Es un negocio jurídico extintivo, por cuanto sus efectos, de conformidad con la ley, son los de extinguir el estado de socio del excluido y, desde luego, su exclusión de la sociedad como tal, a partir de su perfección, a menos que la ley disponga otra cosa.
- Es un negocio reglado por cuanto debe fundarse en la regulación de la fuente legal o voluntaria a la cual está sujeta, especialmente en su procedencia, causales, procedimiento, prueba y competencia correspondiente.
- Es un negocio jurídico compensable, porque conlleva necesariamente la retribución del valor de la cuota y, excepcionalmente la restitución del aporte con las utilidades indicadas en la ley o los estatutos, especialmente de aquellas que se produjeron en negocios consumados o que habrán de producirse en negocios de consumación pendiente.
- Es un negocio jurídico anormal, por cuanto, en vez de mantener y proteger la relación y el estado de socio, lo vulnera y eventualmente, puede ocasionar daños y perjuicios, caso en el cual deberán repararse.

- Es un negocio obligatorio, porque a partir de su perfección obliga tanto a la sociedad y a sus socios, como al excluido y a terceros, sin que, como se dijo, sea necesaria su aprobación judicial (Art. 188 del C. de Co.)
- Es un negocio jurídico revocable, por cuanto puede ser deshecho y dejado sin efectos por la misma sociedad autora de la exclusión.
- Es un negocio jurídico impugnabile, por cuanto contra él procede la acción de impugnación o de nulidad dentro de los dos meses siguientes al acto, sin perjuicio de las indemnizaciones consecuenciales (Art. 191 y ss. del C. de Co. y 421 del C. de P.C.).

**3.16.5 Exclusión viciada.** Sin embargo, la exclusión de socio adoptada por una sociedad, también puede ser irregular, cuando quiera que se presenten los fenómenos de inexistencia, como cuando se trata de un simple proyecto de exclusión, caso en el cual no produce ningún efecto jurídico; o puede ser irregular, cuando quiera que se haya decretado la nulidad con base en un vicio o defecto de fondo (v.gr. dolo o fraude)<sup>29</sup> o de forma (Arts. 899 y ss. y 190 del C. de Co.); o también puede resultar irregular, debido a la ineficacia del acto de exclusión, tal como cuando se adopta en reuniones ilegales de conformidad con la ley (Arts. 190 y 186 del C. de Co.). De allí que tales defectos deban alegarse mediante las acciones o las excepciones judiciales pertinentes, tales como las declarativas de inexistencia, nulidad o ineficacia, que lo requieran.

**3.16.6 Exclusión de socio como ejecución contractual.** Además del tratamiento jurídico autónomo de la exclusión de socios, como negocio jurídico independiente del contrato de sociedad, la exclusión de un socio, por el contrario, también puede mirarse y tratarse como un acto que esté relacionado con la sociedad sancionadora y, particularmente, con los contratos sociales de la misma que le son

---

<sup>29</sup> La doctrina y la jurisprudencia francesa estiman que resulta anulable aquel acto de una sociedad y de sus administradores, como sería el acto de exclusión, cuando quiera que sea fraudulento o abusivo, entendiendo que "hay abuso caracterizado por móvil obedecido por ellos" ha sido "el de interés personal cuando debía ser de interés social" (Josserand. Louis. El espíritu de los derechos y su relatividad. Traduc. De E. Sánchez. Ed. Cajicá y Porrúa. México. 1946. No.132).

vinculantes (como el contrato social y el Acuerdo Privado de socios vinculante para la sociedad) como aquella que surge en su desarrollo o ejecución, la que, por tanto, puede ser debida o indebida, reconocida voluntaria o judicialmente.

**3.16.7 Exclusión debida de socio.** De allí que “la exclusión debida de socio” viene a ser aquella especie de exclusión del socio que hace parte del desarrollo de la sociedad y que, de acuerdo con la fuente legal o convencional que la regula, existe una conformidad con ella, esto es, que se trata de una exclusión ajustada a esa regulación legal o convencional y que, por lo tanto, trae como consecuencia, de un lado, la extinción de la calidad de socio, y, del otro, la obligación de la sociedad o, en su caso, del cesionario de cuotas a compensarle al socio excluido el valor de las cuotas sociales y las utilidades pendientes, a menos que la ley prescriba su pérdida, como sucede con la exclusión del socio colectivo por abuso del uso de la firma social (Art. 298 C.Co.).

**3.16.8 Exclusión indebida.-** En cambio, diferente del caso precedente acontece con aquella exclusión que asume la calificación de “indebida”, por ser infractora de la fuente reguladora de dicha exclusión, esto es, de vulnerar la ley, los estatutos y los acuerdos sociales (contrato social y acuerdo de socios vinculante para la sociedad), porque, en este evento, dicha exclusión, además de producir los efectos normales arriba mencionados sobre la extinción de la calidad de socio y la compensación por el valor de las cuotas y utilidades pendientes también podrá dar lugar a una responsabilidad contractual, tal como más adelante se indica.

**3.16.9 Reconocimiento voluntario o judicial de la exclusión.-** Ahora bien, el carácter “debido o indebido” de la exclusión de un socio puede reconocerse voluntariamente, bien sea por la aceptación unilateral del socio excluido sobre la decisión adoptada por la sociedad excluidora, o bien puede ser convenido por ambas partes, en virtud de transacción, conciliación u otro Acuerdo, con las consecuencias pertinentes sobre la compensación del valor de las cuotas a restituir, la reparación de utilidades y perjuicios, etc.

Pero no habiendo ese reconocimiento voluntario de la exclusión, esta decisión ha de producir sus efectos a partir de su perfección mediante la escritura pública correspondiente (Art. 188 del C. de Co.). Sin embargo, en caso de incertidumbre o de falta de certeza jurídica sobre la existencia o legalidad de la decisión adoptada, necesariamente se requerirá que la exclusión del socio sea reconocida judicialmente mediante decisión de fondo. Sin embargo, se trata, en este evento, de una intervención supletiva judicial, que presupone, de un lado, la preexistencia de “una decisión voluntaria de exclusión”, pues sin ella no puede acudir al Juez para que sea quien decrete la exclusión del socio; y de la otra, que dicha intervención solo permitiría a la sociedad acudir a la justicia arbitral u ordinaria para que resuelva sobre las diferencias relativas a la existencia o legalidad de la exclusión (Art. 110, Num. 11 del C. de Co. y Art. 24, Num.5, Lit. b del C.G.P.). En estos casos, la intervención judicial podría terminar, según las circunstancias, acogiendo la cesión voluntaria del disidente o la exclusión del socio por inhabilitación (Art. 14 y 16 del C. de Co. y Art. 83 y 5º. Num.4 de la ley 1116 de 2006; y Art. 33 de la ley 1306 de 2009).

En efecto, puede acontecer que el socio excluido no acepte o discuta la existencia o eficacia de la exclusión, y la sociedad, por su parte, vea la necesidad de su esclarecimiento mediante acción declarativa de exclusión con la consiguiente compensación económica de las cuotas sociales, o, en su caso, aducir la excepción correspondiente; e igualmente puede suceder que no aceptándose por el afectado la exclusión adoptada, porque la considere indebida, también éste puede ejercer la acción de responsabilidad contractual por exclusión indebida, a fin de obtener la reparación de los perjuicios ocasionados<sup>30</sup>.

En ambos casos se trata de decisiones judiciales que tienen una naturaleza declarativa, puesto que simplemente reconocen el hecho de la exclusión hecha en época pasada, razón por la cual se excluye una naturaleza constitutiva, ya que no es la sentencia la que le da origen o constituye la exclusión, sino que dicha providencia

---

<sup>30</sup> Consúltese artículo 200 C.Co.

simplemente le da certeza jurídica indiscutible a la exclusión que se hizo en época pasada. Así mismo, se trata de una providencia judicial que le otorga “certeza o seguridad jurídica a la decisión de exclusión”, esto es, que mantiene la exclusión con todas sus consecuencias según haya sido debida o no pero que no la destruye, ni procura el restablecimiento de la calidad de socio lo que, a su turno, permite distinguirla de la decisión de inexistencia, nulidad o ineficacia de la exclusión. Porque en estos casos, es la ley o la sentencia la que le hace perder al socio excluido la calidad o el estado de socio, en tanto que en el reconocimiento judicial de la exclusión voluntaria, es la decisión voluntaria la que produce la extinción de dicha calidad (Art. 188 del C. de Co.), desde luego, con la certeza jurídica de la sentencia que la reconoce.

### **3.17. Responsabilidad por exclusión indebida de un socio industrial.**

Independientemente de su naturaleza jurídica, ella se configura cuando se estructuran sus elementos:

**3.17.1. Naturaleza jurídica.-** La existencia de esta responsabilidad tiene una naturaleza societaria.

**3.17.2. Existencia. Pacto.** Como quiera que hecho antijurídico que constituye el elemento fundamental de esta responsabilidad es la exclusión indebida del socio industrial, resulta pertinente que aparezca demostrado, bien sea que se funde directamente en la ley, o, por el contrario, en el Acuerdo o pacto que se haya establecido al efecto. Por lo tanto, en este último caso, resulta indispensable la demostración de la existencia del pacto que consagre la exclusión de socio, a fin de poder establecer posteriormente si se ajusta o no a Derecho; y, además, que dicho pacto tenga carácter social de tal manera que vincule tanto a la sociedad como a los socios de la misma.

**3.17.3. Societaria.-** Ahora bien, como quiera que la exclusión indebida de un socio industrial, de un lado, implica el desconocimiento del carácter obligatorio del contrato social que impone el deber de mantener las relaciones y las vinculaciones entre todos los socios y del otro, acarrea el incumplimiento de ese deber o el cumplimiento defectuoso del mismo (en caso que se vulneren sus requisitos para hacerlo), no puede sino concluirse que se trata de una responsabilidad contractual

o negocial (Art. 822 C.Co. y Arts. 1613, 1614 y ss. C.C.; Arts. 98, 137, 150 y concordantes del C.Co.), sin perjuicio de que pueda concurrir alguna responsabilidad extracontractual con ocasión de la comisión de un delito, por ejemplo, la injuria o calumnia (Art. 2341 C.C.), que no es del caso.

**3.17.4. Pretensión de responsabilidad indebida de socio (Elementos).**- Siendo así las cosas, dicha responsabilidad requiere la demostración de los elementos de legitimación, causa y objeto, con las particularidades que más adelante se precisan.

**a) Legitimación.** La potestad para reclamar la declaración de la responsabilidad, llamada legitimación activa, radica en aquella parte contratante que ha sufrido el daño, en tanto que la carga para asumir esta responsabilidad no ha de ser otra que del contratante que lo ha causado, que, en caso de varios, lo será quien la haya causado, salvo que por indivisibilidad, solidaridad u otro motivo legal deba comprometerlos a todos. Sin embargo, en caso de responsabilidad contractual por la exclusión indebida de socio, la legitimación pasiva radica directamente en la sociedad y no en los socios, porque, a pesar de que estos intervienen como partícipes en los órganos de dirección que adopten la decisión de exclusión, quien efectivamente la adopta es la sociedad misma. Cosa distinta ocurre en los casos de responsabilidad consecuencial de la nulidad asignada a los administradores o socios (Arts. 191 y ss C.Co.) y de la responsabilidad extracontractual en que estos hubieren incurrido (Art. 2341 C.C.), que no es el caso sub-examine.

**b) Causa petendi.**- La causa o motivo por el cual se puede formular esta pretensión se circunscribe a la exclusión indebida, al daño y al nexo causal, que en estos casos asumen características especiales.

**3.17.5 Exclusión social indebida.**- Tiene carácter excepcional con regulación particular. En efecto:

**a) Regla general.**- Es la del respeto al contrato social y, en consecuencia, el respeto al mantenimiento y conservación de todos

los socios con sus derechos, obligaciones y responsabilidades (Arts. 98, 158 y 822 C.Co. y 1602 C.C.).

**b) Exclusión excepcional.-** De allí que siendo la regla general el respeto al contrato social y sus reformas, la exclusión no solo resulta excepcional, sino que debe demostrarse como hecho dañoso de la vinculación societaria y no como decisión viciada.

**c) Exclusión social dañosa.-** La exclusión social dañosa ocurre, como en el caso sub-examine, cuando se aduce la exclusión del socio no como un acto viciado, sino como un hecho representativo del incumplimiento de los acuerdos sociales (contrato social y acuerdo de socios aceptado por la sociedad) y, en consecuencia, como un hecho infractor de dichos convenios porque, en este evento, se trata de la alegación del hecho de incumplimiento o cumplimiento defectuoso (Arts. 822 C.Co. y 1613 C.C.) como causa de la responsabilidad contractual demandada. De allí que la exclusión indebida deba demostrarse plenamente: De un lado, con la prueba de los requisitos sustanciales que la estructuran a saber: La preexistencia y vigencia de la calidad de socio industrial; la terminación de la prestación del servicio o trabajo, bien sea directamente por la pérdida de la calidad, o indirectamente, por la terminación del contrato de trabajo o de prestación de servicios o el que fuere del caso; la existencia o vigencia legal o fáctica de la exclusión social; el carácter "indebido" de la "exclusión social", esto es, la vulneración del contrato social, los estatutos o la ley, bien sea, porque no contemplen la exclusión<sup>31</sup> o porque, contemplándola, no se funda en ninguna de las causas allí consagradas, o porque la causa invocada no se ha cometido, o no lo ha sido con la gravedad que altere el funcionamiento de la sociedad<sup>32</sup>. Del otro, se hace necesario que, debido a su naturaleza de sanción civil, la decisión de "exclusión social" se haya adoptado con sujeción al procedimiento convencional o el legal pertinente, el cual, en vista de la relación de subordinación del socio

---

<sup>31</sup> "Esta interpretación no debe ser tendenciosa, abusiva; debe inspirarse en la materia del contrato, tomando en consideración la común intención de las partes contratantes, como el acto en su totalidad" (Josserand Louis. *Espíritu de los derechos y su relatividad*. Trad. Eligio Sánchez. Ed. Capcoy Porrua. México. No.127).

<sup>32</sup> Hay abuso de los administradores cuando se adoptan decisiones por móviles ilegítimos o "móviles de interés personal cuando debía ser de interés social" (Josserand Louis ob. cit. No.32).

supuestamente infractor frente al poder sancionador de la persona jurídica, debe, conforme a la constitución (Art. 23 C.Pol.), sujetarse al debido proceso necesario, esto es, a que se adopte por el órgano competente, mediante el trámite, con las pruebas y con la posibilidad de defensa que fuere pertinente, sin perjuicio de las reclamaciones internas y de las acciones judiciales procedentes.

**3.18. Diferencia con la exclusión viciada (Anulabilidad y efectos).-** En cambio, diferente de la llamada "exclusión indebida", a la que se ha hecho alusión anteriormente, es la que ahora se califica como "exclusión viciada", esto es, aquella que padece vicios (Arts. 190 y ss. y 822 C.Co.; y Arts. 1508 y ss. C.C.) de fondo, como sucede con las exclusiones adoptadas por órganos incompetentes, las exclusiones decididas bajo coacción, dolo o fraude, o las exclusiones que infringen el orden público, las buenas costumbres o normas imperativas (como sería la exclusión de un socio por motivos de discriminación racial), o por vicios de forma, tal como ocurriría con la omisión de las formalidades de la reforma estatutaria necesaria para la solemnización de la exclusión adoptada. Lo anterior porque en estos casos lo procedente es, según las circunstancias, la acción especial de impugnación con indemnización de perjuicios (Art. 191 y ss. del C. de Co. y 421 del C. de P.C.), o las acciones de nulidad pertinentes (Arts. 899 y 900 del C. de Co.) pero, en ambos casos, la impugnación y la nulidad de estos actos sociales persiguen, ante todo, dejar sin efectos la decisión de exclusión de socio, y, en consecuencia, restablecer el vínculo, la calidad y el estado de socio que se tenía al momento de la exclusión (Arts. 822 del C. de Co.; 1741, 1742, 1743 y 1746 del C.C.), sin perjuicio de la responsabilidad (postnegocial) que como consecuencia de la nulidad de la decisión de exclusión, pueda presentarse (Arts. 192 y 193 del C. de Co.).

Luego, cuando se aspire a restablecer el "estatus de socio", deberá acudir, entonces, a algunas de estas acciones, o en su caso, de las excepciones correspondientes y no a la simple pretensión principal de responsabilidad contractual por la exclusión social indebida, pues ésta no tiene aquel objeto.

**3.19. Daño al socio industrial excluido.-** Ahora, estos daños<sup>33</sup> al socio excluido pueden ser de carácter patrimonial y extrapatrimonial<sup>34</sup>, pero el

---

<sup>33</sup> La exclusión **hace "cesar" la relación** solo respecto de un socio y da lugar al "derecho a una suma de dinero correspondiente al valor de su cuota de participación" (Barbero, Doménico. Sistema de Derecho Privado. Trad. Santiago Sentis M. Ed. Ejea. Buenos Aires. 1967 Tomo IV. No.859).



daño patrimonial comprende, a su vez, el daño emergente y el lucro cesante.

**3.20. Daño emergente al socio industrial excluido.-** Este daño emergente, está representado en “el perjuicio o pérdida que proviene de no haber cumplido la obligación” (Art. 822 C.Co. y Arts. 1613 y 1614 C.C.), en este caso, la de respetar el estado de socio<sup>35</sup>, que en el evento de exclusión de socio industrial, los daños suelen ser laborales y sociales, tal como a continuación se precisan:

**3.20.1. Daños laborales y sociales.** Ellos se circunscriben: De un lado, a la pérdida del valor del servicio prestado, que se caracteriza por ser particular en el sentido que afecta un interés individual de una relación de servicio (subyacente) y que puede ser laboral o civil, según el régimen jurídico contractual que lo regule, que no es el caso sub-examine. Y del otro, a la pérdida social, esto es, a la pérdida de ciertos derechos sociales económicos que el socio industrial deja de tener o percibir frente a la sociedad, que es el que aquí se discute.

**3.20.2. Daño social en industria no estimada.** Sin embargo, para determinar este daño emergente social al socio industrial, es preciso distinguir si hay o no estimación de valor, porque en el caso de que se trate de la exclusión indebida de un socio industrial, sin estimación de valor, la ley prevé exactamente los derechos sociales que se le reconocen y desde luego que pueden pedir, los cuales se reducen a la pérdida del derecho a participar en las utilidades sociales o de cualquier superávit causado<sup>36</sup>, a las reservas y a las valorizaciones patrimoniales, que se produjeran “durante el tiempo en que estuvo

---

<sup>34</sup> La reparación integral del daño comprende “pérdida sufrida” y “la ganancia privada”, esto es, “la ganancia que la parte **perjudicada hubiera obtenido** al evitar gastos o daños” (art. 7.4.2.1. Unidroit).

<sup>35</sup> Diferente es la reparación del daño laboral que, en forma concurrente, pueda establecerse. Porque en materia **laboral** el legislador fija el monto de la indemnización, haciendo prevalecer “el arbitrio más o menos razonable” que si bien “imperfecto” resulta “de ágil funcionamiento” (De Cupis Adriano. El daño. Trad. De Angel Martínez. Ed. Bosch. Barcelona. 1975 No.74).

<sup>36</sup> Los socios excluidos solo participarán de “**los negocios concluidos**” y de los “**negocios pendientes**”, por lo que “la sociedad continuará con el socio excluido o lo recomienda hasta la terminación de los negocios”. Ello “solo puede establecerse una vez concluidos los negocios pendientes al momento de la exclusión o de la renuncia” (Garrido y González de G. ob. cit. Pág. 32).

asociado” antes de la exclusión<sup>37</sup> (Arts. 138, inc.2º. y 137 inc.3º. C.Co.).

En cambio, en caso de servicio estimado, dicho daño emergente se centra en la pérdida del derecho a la obtención de las cuotas sociales causadas durante el mismo tiempo en que “estuvo asociado” (Art. 138 inc.1º. y 137, inc. 3º. C.Co.). De allí que en el primer evento, esto es, aquel en que el socio industrial excluido indebidamente, tan solo prestó su trabajo o servicio, mediante una valoración económica laboral o civil, y no con estimación para cuotas de capital, dicha exclusión solo le causa daño emergente en la pérdida laboral o civil pertinente. Por lo tanto, si no se convino una “estimación” social a la determinación a ese trabajo o servicio, esto es, si no se le dio una valoración económica como parte de la sociedad, es decir, para que fuera parte de un capital, es lógico entonces que dicha exclusión no cause ninguna afectación económica al valor del trabajo o servicio prestado o aportado, sencillamente porque carece de él. Por eso, en este caso, la ley estima que la afectación económica se limita a aquellos aspectos sociales para los cuales se hizo el aporte, esto es, para participar en utilidades, reservas y valorizaciones.

**3.20.3.Daño social en industria estimada.** En cambio, si se trata de aporte en industria con valor determinado, el socio industrial no solo adquiere el derecho a que, con el cumplimiento del servicio pactado, pueda “redimir o liberar cuotas de capital social con un aporte” y, en consecuencia, adquirirlos (Art. 138, inc.2º. C.Co.), sino que también adquiere el derecho a mantenerlas, tal como sucede con los socios capitalistas, y, desde luego, con los socios que tengan la doble calidad de socios industriales y de socios capitalistas.

**3.20.4.Daño social al capital y restitución.-** Por lo tanto, si posteriormente a la capitalización, el socio capitalista es excluido ilegalmente, este acto, desde luego, causa daño al socio excluido, no tanto en el aporte, sino más bien en los derechos de socios, como son los de gobierno, fiscalización, etc. Ello, por cuanto el derecho que se

---

<sup>37</sup> “Mas debe advertirse de que el aporte de industria es en general o naturalmente un medio de vincular a la empresa social, personas cuyas servicios pueden ser de especial utilidad, la relación que surge entonces queda dominada por un rígido *intuitu personae* que limita la posibilidad que el aportante se haga sustituir libremente por otra persona en la prestación del servicio pactado” (Pinzón José Gabino, ob. cit. No.66).

deriva del aporte de capital y que se traduce en “el derecho de las cuotas sociales” no se afecta directamente con la exclusión legal o ilegal, puesto que, salvo disposición en contrario, como sucede con el socio colectivo excluido por apropiación de bienes o uso indebido de la firma (Art. 298 C.Co.), aquella exclusión no implica pérdida de aportes ni de cuotas sociales, los cuales se mantienen. Pero si, a pesar de la exclusión del socio capitalista, la sociedad mantiene su vigencia, el socio excluido no puede “pedir” la restitución de sus aportes, ni podrá hacerlo la sociedad, sino únicamente “cuando se trate de cosas aportadas solo en usufructo, si dicha restitución se ha estipulado en el contrato” (Art. 143, encabez. y num.1º. C.Co.), ni “tampoco podrán pedir el reembolso total o parcial de sus acciones, cuotas o partes de interés antes de que disuelta la sociedad se haya cancelado su pasivo externo” (Art. 144 C.Co.). En este caso, el socio excluido tendrá derecho, de acuerdo con los estatutos y, en subsidio, con la ley, a que se le pague su respectivo valor con todos sus rendimientos hasta el momento de su pago (Arts. 364 y ss. C.Co.). Luego, si la sociedad continúa vigente, y la exclusión no produce daño alguno en tales aportes o cuotas, porque solo conserva su derecho a su compensación, se concluye que tampoco procede el resarcimiento, o la restitución de aquellos<sup>38</sup>, sino a reconocer la compensación que se haya solicitado explícita e implícitamente.

En efecto, la decisión voluntaria o judicial de exclusión acarrea, por lo general, salvo las excepciones legales o consecuenciales (Arts. 143 a 146 C.Co.), el efecto jurídico de la obligación de la sociedad de la cancelación del valor de las acciones o cuotas sociales del socio excluido: De una parte, porque si en caso de decisión voluntaria de “exclusión de socio interesado en ceder las cuotas”, el socio excluido conserva el derecho al precio del valor de sus cuotas, como se desprende de la parte final del Art. 365 en armonía con el Art. 364 del C.Co., lo cual indica que se trata de una consecuencia o efecto necesario de la extinción de la calidad de socio, que debe ser reconocido voluntaria o judicialmente. Por ello, no solamente puede ser solicitado por el socio excluido o por la sociedad que lo excluyó,

---

<sup>38</sup> La exclusión **hace “cesar” la relación** solo respecto de un socio y da lugar al “derecho a una suma de dinero correspondiente al valor de su cuota de participación” (Barbero, Doménico. Sistema de Derecho Privado. Trad. Santiago Sentis M. Ed. Ejea. Buenos Aires. 1967 Tomo IV. No.859).

sino que, por tratarse de un efecto legal obligatorio, de manera general y equitativa, puede igualmente ser atendida como petición implícita<sup>39</sup>, sin perjuicio de las formalidades en caso de reducción de capital.

**3.21. Lucro cesante al socio industrial excluido.-** En cambio, el lucro cesante estaría integrado por “la ganancia o provecho que deja de reportarse” (Arts. 822 C.Co. y 1614 C.C.), de haber continuado con el estado de socio industrial, siempre que dicha “ganancia frustrada” sea previsible<sup>40</sup> y cierta<sup>41</sup>.

**3.22. Lucro cesante en retiro legal o ilegal (excluido).** Previamente debe precisarse que el lucro cesante del socio industrial excluido indebidamente solo puede estar representado por “la ganancia o provecho” que deja de reportarse por el incumplimiento del contrato social que se hizo con la exclusión indebida, que no ha de ser otra distinta a la contemplada en los artículos 137 y 138 del C.Co. Porque si conforme a estas disposiciones el socio industrial, en caso de retiro legal (como debe entenderse) tiene derecho a las “utilidades, reservas y valoraciones patrimoniales” y al aporte en caso de industria estimada por valor determinado, durante el tiempo que estuvo asociado” no puede menos que entenderse que, en caso de retiro ilegal, como sucede con la exclusión indebida, la ganancia que se frustra se refiere a las mencionadas ganancias sociales y no las de otra índole, como las de carácter laboral, porque estas tienen un tratamiento especial. Por tanto, el lucro cesante que puede causarse versa sobre las utilidades, reservas y valoraciones patrimoniales de carácter social que dejan de percibirse que, en su oportunidad, también se precisarán.

---

<sup>39</sup> Similar criterio ha aplicado la carta en extinciones que conllevan prestaciones mutuas que tienen su fundamento “en evidente y claras razones de equidad, y se trata de evitar un enriquecimiento indebido. Por tal razón, quedan incluidos en la demanda (de reivindicación y de nulidad), de tal manera que el juzgador debe siempre considerarla en el fallo, bien sea a petición de parte o de oficio”. Por esta razón, no habría ninguna incongruencia (Sent. Cas. 7 de marzo de 1994 G.J. CCXXVIII).

<sup>40</sup> “La parte que incumple es responsable solamente del daño **previsto** o que razonablemente podría haber previsto al momento de la celebración del contrato como consecuencia probable de su incumplimiento” (art.7.4.4. Unidroid).

<sup>41</sup> El daño **resarcible** debe ser: cierto, subsistente; personal del reclamante; y ejercer un interés legítimo del damnificado” (Bustamante Alsina Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. No.323).

Ahora, el lucro cesante pasado<sup>42</sup> o actual<sup>43</sup>, esto es, aquella ganancia frustrada que se presenta entre el momento del daño y el momento de la sentencia, aquí el laudo, ocasionado con la exclusión, estaría representado en aquello que en ese momento se deja de percibir por razón de utilidades, reservas y valoraciones patrimoniales, ya que éstas no solo eran previsibles en la continuidad de la calidad de socio industrial, sino que también son ciertas, esto es, reales, por cuanto efectivamente se han producido. Así mismo, comprendería “el lucro cesante” de la ‘chance’<sup>44</sup>, esto es, en la pérdida de las oportunidades de ganancias<sup>45</sup> en ese momento se hubiesen perdido, independientemente de estas últimas”<sup>46</sup>.

**3.23. Determinación del lucro cesante (certeza y probabilidad).** Así mismo, el referido daño también comprende el lucro cesante futuro, esto es, aquella ganancia limitada<sup>47</sup> que, como consecuencia del daño precedente se deja de percibir desde el momento de la sentencia o del laudo, siempre y cuando que la ganancia frustrada haya sido previsible al momento de ocasionarse el daño, y que, además, sea cierta o real. También puede

---

<sup>42</sup> También suele llamarse perjuicio virtual, entendiendo por este “aquel que existe en potencia en el acto incriminado que conlleva en sí todas las condiciones de su realización (la reciprocidad permanente, la disminución de la capacidad de trabajo)” (Le Tourneau, Philippe. La responsabilidad. Ed. Legis. Bogotá, 2003.p. 67).

<sup>43</sup> “El perjuicio actual y el perjuicio virtual son ciertos, mientras que el perjuicio eventual no puede calificarse de igual forma (Le Tourneau Philippe. Ob. cit. p.68).

<sup>44</sup> **El lucro cesante** puede ser **actual o futuro**. El primero es “aquel que si bien se ha producido en el patrimonio damnificado con posterioridad al hecho dañoso, está determinado de manera cierta al momento de la sentencia, pues comprende ganancias frustradas anteriores a ese momento” (Zannoni –Eduardo. E. Daño en la Responsabilidad Civil. Ed. Astrea. Buenos Aires 1982. P. 220). En tanto que el segundo es “aquel que, con probabilidad y no con mera conjetura, estima el juez que habrá de producir en el patrimonio del damnificado con posterioridad a la sentencia liquidatoria de daños”. Suele darse en incapacidad o muerte del damnificado (Zannoni Edo. Ob. cit. p. 221) (Salinas Ugarte, Gastón. Responsabilidad Civil Contractual. Ed. Abeledo Perrot. Santiago de Chile. 2011. Tomo I. ps. 381 y 382). La valoración del lucro cesante futuro debe hacerse “con los valores imperantes al momento de la sentencia” (Zannoni Edo. Ob. cit. Pág. 222).

<sup>45</sup> **“El lucro cesante no consiste en la privación de una simple posibilidad de ganancia, pero tampoco es necesaria la absoluta seguridad de que este se habría conseguido; para que sea indemnizable basta cierta probabilidad objetiva según el curso ordinario de los casos y las circunstancias particulares del caso”** (Morelo Augusto. Indemnización del daño contractual. En Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1974 pag.28.

<sup>46</sup> Algunas legislaciones, como la Argentina, contemplan como **justas causas** para la exclusión la cesión los derechos, estando prohibido, al incumplimiento de las obligaciones, la sobreveniencia de incapacidad; la pérdida de confianza por insolvencia, la fuga, el crimen, la mala conducta o provocación, etc. (Garrido y González de G. Ob. cit. p. 325).

<sup>47</sup> El lucro cesante debe tener **un límite** que en caso de muerte o pérdida de capacidad de trabajo. Por lo tanto, ha de comprender “la capacidad de obtener renovación del mismo que en el caso de que sea temporal cubrirá el período contemplado y en caso de que sea permanente se cubran las posibilidades de vida” (Diez Picazo, Luis. Derecho de Daños. Ed. Civitas. Madrid. 2000 p. 324).

tratarse, de acuerdo con nuestro ordenamiento (Art. 230 C.Pol., Art. 7º. y 822 C.Co.; Art. 8º. Ley 153 de 1887; y principios de Unidroit), la “pérdida de una expectativa” con cierto grado de “probabilidad de que acontezca” (Art. 7.4.3 Unidroit) lo que se establece: En primer lugar, con la verificación de la existencia de cierta potencialidad objetiva (mas no subjetiva) de su acaecimiento, derivada de su fuerza intrínseca o de la frecuencia de su ocurrencia. En segundo término, con cualidad de certeza razonable, es decir, con el establecimiento de “un grado razonable de certeza” (Art. 7.4.3. (1) Unidroit), lo cual se sustenta en la existencia de factores objetivos comunes u ordinarios, que, mediante razonamiento lógico, permitan inferir la certeza de ese daño, con lo cual queda excluido el daño meramente eventual. Y finalmente, el establecimiento de dicha “pérdida de expectativa” ha de caracterizarse por su previsibilidad, por cuanto ha de tratarse de “un daño previsto, o que razonablemente (la parte incumplidora) podría haber previsto, como consecuencia probable de su incumplimiento, al momento de celebrarse el contrato” (Art. 3.4.4 Unidroit).

**3.24. Determinación del lucro cesante en utilidades sociales. No es abstracta sino concreta.** Por lo tanto, en la exclusión indebida de un socio industrial, si bien es previsible la ganancia por utilidades que se le frustra al socio industrial en razón de su exclusión, porque se sabe de su existencia y es previsible su frustración, no lo es menos que no siempre puede asegurarse de su certeza<sup>48</sup>. Porque la regla general es la que indica que las utilidades de las sociedades y las del socio industrial, son meramente eventuales<sup>49</sup>, porque dependen de factores externos que pueden darse o no, tales como la continuidad de la sociedad, la permanencia o no del socio excluido y la existencia o no de utilidades.

Por tanto, en principio no habría lucro cesante futuro, por falta de certeza jurídica<sup>50</sup> en las utilidades que en forma abstracta pueda percibir la sociedad

---

<sup>48</sup> “La **certidumbre** del daño se refiere a su existencia presente o futura. Es incierto cuando no existe seguridad de que la lesión se haya producido o vaya a producirse. Es cierto cuando es real y efectivo, y no meramente eventual”. (Vásquez Ferreira Roberto. Ob. cit. p. 178).

<sup>49</sup> “No se tiene en cuenta para el resarcimiento el **daño eventual o hipotético** o meramente conjetural cuya existencia no sea, por ello mismo, cierto. Pero se admite el resarcimiento del “**chance**” o “probabilidad de una ganancia”, la cual es distinta de la ganancia mutua. Por lo tanto, “la indemnización deberá ser de la chance misma y no de la ganancia, por lo que aquella debe ser **apreciada judicialmente** según el mayor o menor grado de probabilidad” (Bustamante Jorge. Nos. 326 y 356).

<sup>50</sup> “La noción de perjuicio cierto es relativa: basta que sea muy probable” (Le Tourneau Philippe. Ob. cit. p. 67).

durante su existencia. Sin embargo, la certeza jurídica de la expectativa probable consistente en la obtención de utilidades o ganancias futuras que tengan grado de certeza razonable y que sean previsibles, pueden ser aquellas utilidades sociales que razonable<sup>51</sup> y excepcionalmente pueden inferirse de las regulaciones sociales del contrato o acuerdos sociales y de las circunstancias<sup>52</sup> formales de la ejecución del contrato<sup>53</sup>, o a la ley. En efecto, a falta de convenio, las utilidades previsibles que se dejan de percibir de acuerdo con la ley se limitan a las utilidades que se derivan de los balances reales y fidedignos que corresponden al año en que hubo la exclusión indebida, en el valor estipulado o, en su defecto, en “una participación equivalente a la del mayor valor del aporte de capital” (Arts. 151 y 150 Parág. C.Co.); y aquellas utilidades que se derivan de un contrato u operación en el período en que se ha prestado el servicio. Pero en manera alguna se extiende a utilidades de los años posteriores. Ello obedece a que por lo general, si bien el derecho social abstracto a la utilidad que se obtiene durante la calidad de socio (Art. 98 C.Co.), no es menos cierto que el derecho concreto a ellas, se materializa con la prestación del servicio o industria (como aporte) y se hace específico y determinado en los balances anuales. Por esta razón, las utilidades reales o previsibles que deja de percibir un socio excluido, es la que correspondería al año de su exclusión en el balance correspondiente.

### 3.25. Contenido del lucro cesante del socio excluido indebidamente.

Ahora bien, para establecer la certeza o probabilidad de ese lucro cesante en el caso de la exclusión indebida de socio, se hace pertinente determinar su contenido y su duración.

#### 3.25.1. Beneficios económicos sociales.

Lo primero que debe resaltarse es que en la exclusión indebida el contenido del lucro cesante que se deja de percibir, está representado

---

<sup>51</sup> Solamente es resarcible el daño que pueda determinarse con “un grado de **razonable** certeza, aun cuando sea futuro” (Art. 7.4.3. Unidroit).

<sup>52</sup> A raíz de la determinación del lucro cesante ocurrido existe imposibilidad de la reparación de una máquina dañada, la jurisprudencia ha señalado que “no solo debe tenerse en cuenta la entidad de los daños o averías sufridas por el aparato, sino las propias **circunstancias** sociales, económicas y personales que rodean a la víctima” (Casac. del 24 de junio de 1996).

<sup>53</sup> La suma **estipulada** podrá reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva en relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias” (7.4.13-2 Unidroit).

legal y específicamente en aquellos beneficios sociales económicos que venía percibiendo y que, por la exclusión, deja de obtener, los cuales se encuentran precisados en el artículo 137 del C.Co. cuando prescribe esos derechos “en caso de retiro”, que si bien opera en el evento de un marginamiento voluntario y legal, con mayor razón cuando se trata de una “exclusión indebida”, con la diferencia de que aquellos se adquieren en la calidad de asociado; y, en este último caso, proceden a título de indemnización por lucro cesante. Ellos son las utilidades, las reservas y las valorizaciones que se dejan de percibir.

### **3.25.2. Carácter concreto de las utilidades que se dejan de percibir.-**

En efecto, cuando la disposición menciona que el socio industrial tiene derecho a las “utilidades” mientras esté asociado, está indicando que tales utilidades están condicionadas no sólo a la calidad de socio industrial, sino también a la existencia de unas utilidades para dicho socio en la correspondiente distribución de ellas. Por lo tanto, las utilidades que se dejan de percibir por la exclusión indebida, solo son aquellas resultantes de “la distribución de utilidades”, y que, por lo tanto, no existen en caso de pérdidas. De allí que, de acuerdo con las reglas de hermenéutica, no es el derecho abstracto que tiene todo socio en el contrato social al reparto de “las utilidades obtenidas” que se tiene mientras se tenga o haya debido tenerse la calidad de socio. Ello se debe a que si bien las utilidades son parte de un elemento del contrato social (*animus lucrandi*) para el mantenimiento de la sociedad, también lo es que bien puede traducirse o no en derecho a las mismas, según haya ganancias o pérdidas. En tanto que sólo “las utilidades” concretas de cada año constituyen un verdadero derecho cierto que tiene el socio industrial y que, por lo tanto, pueden percibirse y disfrutarse, o, por el contrario, dejarse de percibir, como ocurre con la exclusión ilegal.

De allí que el lucro cesante de esas utilidades no se refiera al derecho abstracto de las utilidades que se perciben o pueden percibirse en la vida de la sociedad, sino al derecho concreto anual, porque debido a la expresión “distribución” y a la naturaleza sucesiva de la relación societaria “las verdaderas utilidades” y por consiguiente, “el verdadero derecho a percibir utilidades”, solamente surge cuando, de acuerdo con la ley o los estatutos, se establecen “excedentes” y ello materialmente acontece cuando en los balances, luego de los egresos,



reservas y demás partidas (Arts. 150 y ss. 372 y 446 C.Co), se establecen excedentes representativos de las referidas utilidades.

**3.25.3.Reservas dejadas de percibirse.** El segundo derecho que materialmente puede dejarse de percibir es el de “las reservas” (Art. 137 C.Co.) que, como veremos más adelante, son aquellas partes de las utilidades que legal o estatutariamente se reservan para una destinación específica, y que, por lo tanto, también pueden dejarse de percibir.

**3.25.4.Valorizaciones dejadas de percibir.** Y el tercer derecho es el de las “valorizaciones patrimoniales” (Art. 137 C.Co.), esto es, el derecho a participar en el incremento del valor patrimonial que han podido tener tanto las utilidades como las reservas y, si fuere el caso, las cuotas sociales de los aportes sociales capitalizados.

**3.26. Duración o extensión temporal del lucro cesante del socio excluido indebidamente.** Así mismo, se hace pertinente establecer la duración o, más bien, la extensión temporal que pueda tener el lucro cesante del socio excluido, que varía según su contenido, a saber:

**3.26.1.Incluye utilidades dejadas de percibir en el año de la exclusión indebida.-** Tratándose de “utilidades que se dejan de percibir” por causa de la exclusión indebida, ellas, como se vio, no pueden referirse a las utilidades en abstracto que hubieran podido percibirse durante la sociedad, de una parte, porque no es un derecho en concreto que se deja de percibir y que, por lo tanto, sea susceptible de tener existencia concreta, y, de la otra, porque esta participación es en sí misma aleatoria, ya que puede haber o no utilidades, la sociedad puede terminarse o no antes de tiempo, y puede haber terminación anticipada de la calidad de socio, bien sea por muerte prematura, retiro voluntario o forzoso, etc. De allí que no constituya lucro cesante cierto la utilidad que en forma abstracta deje de percibir como socio en el futuro, al momento de ser excluido cualquiera que haya sido la proyección o previsión que haya tenido en cuenta los estatutos sobre la estabilidad y sobre el retiro de los socios, y cualquiera que haya sido la intención o aspiración que haya tenido el socio de permanecer en la sociedad como socio, durante un período determinado, o durante toda la vida. Ello sencillamente obedece, como antes se dijo, a que si bien,

aquí se trata de un derecho a participar en utilidades, es un derecho abstracto, y no un derecho concreto resarcible.

En cambio, por el contrario, el derecho en concreto que tiene el socio industrial que está prestando el servicio a participar en determinadas utilidades que se dejan de percibir, sí es resarcible cuando adquiere certeza jurídica. Pero ello solamente ocurre cuando, en el año de la exclusión indebida, se le impide al socio excluido participar de las utilidades que podría percibir en ese acto y que por dicha exclusión, se le frustró y, en consecuencia, se le impidió su pago en efectivo al año siguiente (Art. 156 C.Co.).

**3.26.2. No incluye utilidades dejadas de percibir para los años posteriores de la exclusión indebida.** No hay extensión legal como en la promoción, la nulidad y la titularidad del capital. A diferencia de la situación anterior, no sucede lo mismo con el siguiente año y posteriores a la exclusión indebida. Porque respecto de estos años, de un lado, el socio industrial ya carece de la calidad concreta de socio y de la participación de utilidades, puesto que por serle imposible su ejercicio laboral para el cumplimiento de su parte, tampoco le será posible adquirir la expectativa de obtener utilidades para esos años. Pues, “siendo la utilidad” un beneficio correlativo a la aportación<sup>54</sup>, y “el reparto anual de utilidades (...) un derecho emergente de la calidad de socio” y en proporción a sus aportes<sup>55</sup> la imposibilidad de aportar la industria, le imposibilita obtener la utilidad y del otro, porque no habiendo balances anuales de dichos años futuros, que lo prohíbe el Art. 152 C.Co., ni mucho menos aprobación de los mismos, mal puede decirse que se dejan de percibir las utilidades de esos años, que, por más proyectadas que se presenten, no podrían causarse por falta de desempeño laboral.

Por tanto, solo existe certeza jurídica del daño por lucro cesante en las utilidades dejadas de percibir en el año de exclusión, mas no en los años posteriores. Excepcionalmente, como ocurre en el caso de los promotores la ley consagra la posibilidad de una participación de utilidades por un lapso mayor, el de cinco años, pero como

---

<sup>54</sup> Narváez G. José I. Teoría General de las Sociedades. Ob. cit. p.27.

<sup>55</sup> Garrone José A. y Castro S. Mario. Manual de Derecho Comercial. Ob. cit. p. 246. Ibídem pag. 243.

compensación especial del servicio y de gastos justificados (Art. 141 C.Co.), que no es el caso sub-examine. Así mismo, difiere aquella indemnización limitada de las utilidades dejadas percibir, de lo aquí demandado, de los efectos de la nulidad de una viciada exclusión de socio, aquí no se ha demandado, que, al restablecer la calidad de socio, puede dar lugar a una mayor participación en utilidades, incluyendo años posteriores a la exclusión anulada.

Tampoco puede hablarse de que las utilidades del socio industrial se extienda más allá del año en que por su trabajo debió participar de ellas, cuando su aporte fue estimado como capital, porque, en este caso, por convenio social, se trata de un "socio capitalista" que, como tal y no como socio industrial, debe continuar participando de las utilidades mientras conserve esa calidad (Arts. 138 y 150 C.Co.). Ahora, lo anterior tampoco se opone a que el socio industrial excluido pueda seguir siendo afectado en los años posteriores, tal como cuando, en virtud de dicha categoría, hizo aportes de capital no estimados y no reconocidos como tal. Ello acontece cuando, en desarrollo de su trabajo, dicho socio industrial aportó otras cosas u objetos adicionales sobre los cuales tenía un derecho autónomo, distinto al trabajo, que no entraron ni hacían parte del contrato de trabajo, sino que, por el contrario, eran parte de la propiedad de un establecimiento de comercio o parte de su derecho de propiedad industrial. Ello sucede cuando, además del trabajo como aporte de industria, el socio industrial también aporta la enseña o nombre comercial, o algunas invenciones o creaciones industriales, o su clientela personal, o aporta sus secretos industriales, etc., sin que se le hubiese reconocido, como "aporte de capital en especie", como lo exige expresamente el artículo 136 C.Co.; y que, aún después de la exclusión indebida de dicho socio industrial, dichos objetos de propiedad de este, continúan en poder de la sociedad. Porque en este caso, que no es el sub-examine, si bien el ex socio industrial goza de la acción restitutoria o indemnizatoria pertinente, también lo es que, por carecer de la calidad de socio, igualmente carece de la acción reclamatoria de utilidades. Por esta razón, aquella acción le permite al socio de industria excluido indebidamente, controvertir que, de hecho, su aporte no solo fue de industria sino también de capital, pero que legalmente no fue estimado, y que, como la sociedad continúa disfrutando indebidamente del mismo, debe por tanto, restituirse el

derecho que le pertenece y también debe indemnizársele por el daño sufrido, lo cual difiere del derecho de participar en las utilidades de años posteriores.

**3.26.3. Incluye reservas dejadas de percibir.** En lo que atañe a las “reservas” que se dejan de recibir también son aquellas que debieron retenerse en el año de la exclusión, y que no pudieron percibirse, y no a las de los años siguientes y posteriores, porque, no habiendo desempeño laboral, que pudiera justificar una reserva, tampoco puede haber retención de utilidades para reservas.

**3.26.4. Incluye valorizaciones dejadas de percibir.** En tanto que con relación a “las valorizaciones patrimoniales”, como ellas se refieren al incremento patrimonial de los derechos del socio industrial sobre las utilidades y reservas dejadas de percibir en el año de exclusión, suelen presentarse desde el momento en que se causen estos derechos hasta el momento en que se cancelen, tendrán, entonces, que reconocerse en el respectivo Laudo.

**3.26.5. Pérdida de oportunidad.**- Las anteriores inclusiones como factores o componentes del lucro cesante dejan a salvo lo que la doctrina y la jurisprudencia denominan la “pérdida de oportunidad”.

**3.26.6. Pérdida de oportunidad como daño.**- Ello obedece a que en desarrollo del principio de la “reparación integral del daño”, acogido expresamente por el art. 16 de la ley 446 de 1998, que, al tenor de los principios de Unidroit, las pretensiones de responsabilidad (art. 822 C.Co. y arts. 1613-1616 C.C.) comprende no solo “las pérdidas sufridas” sino también “cualquier ganancia de la que se haya visto privada”, incluyendo “la ganancia” por evitar “gastos o daños” (art.7.4.2.). Por lo que la doctrina y la jurisprudencia, y hasta las nuevas codificaciones (como lo prescribe el art.1738 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2014), han reconocido a la “pérdida de oportunidad” “chance”, como un daño distinto del lucro cesante, siempre que, desde luego, se trate de una “pérdida de una expectativa en proporción a la probabilidad de acaezca” (art. 7.4.3. aparte 2 de Unidroit).

Por esta razón, la jurisprudencia colombiana (recogida en las sentencias de casación del 24 de junio de 2008 y del 9 de septiembre de 2010) ha reconocido que la “pérdida de oportunidad” es la “frustración, privación o suspensión definitiva de la oportunidad legítima, real, verídica, seria y actual para la probable y sensata obtención de un provecho, beneficio, ventaja o utilidad futura, o, para evitar una desventaja, pérdida o afectación interior del patrimonio”, por lo que, a diferencia del lucro cesante, “no tiene utilidad, tampoco se extingue y el interés protegido es la razonable probabilidad de obtenerla o de evitar una pérdida”.

De allí que las pretensiones de “responsabilidad por pérdida de oportunidad”, fuera de sus elementos generales relativos al incumplimiento o hecho antijurídico, al daño y a la relación causal, también requiera demostrar que este daño se ocasionó por la pérdida de una oportunidad probable y que ella fue ilícita y determinada o determinable.

Sin embargo, el requisito de “la probabilidad” de la oportunidad de provecho, al igual que el lucro cesante, dependen del grado de certeza de su ocurrencia, el cual, como dice la doctrina, si bien puede resultar total o parcialmente incierto al momento de ocurrir el hecho dañoso, no lo es menos que puede resultar más claro y, a veces, evidente, al momento del juzgamiento. Porque el lucro cesante del pasado, al igual que una oportunidad de ganancia pasada, es, al momento del juzgamiento, “un daño actual” y, por tanto, existe una mayor posibilidad de demostración o no de su respectiva certeza, porque allí puede saberse si ocurrió o no; en tanto que el lucro cesante de futuro y, con mayor razón de una oportunidad de ganancia futura, su certeza puede resultar más difícil de demostrar, debido a su eventualidad. Pues, como dice Adriano De Cupis, en este caso “su certeza se esfuma, se desdibuja dentro de los márgenes de lo aproximado y lo posible”. Y por esta razón, agrega el autor, las demandas que reclaman indemnizaciones solamente fijan “el límite máximo” a que se aspira; pero corresponde al Juez juzgar la reparación del daño, según su “real consistencia” (El daño. Trad. De Angel Martínez. Ed. Bosch. Barcelona 1975. Nos. 39 y 38). Ello se debe a que la “pérdida del chance” o de “la oportunidad de obtener una ganancia”, solamente debe indemnizarse cuando “haya tenido bastante fundamento”

(Bustamante Alsina, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires 2004. Nos. 354 y ss.).

Pero a su vez, esa certeza no solo debe tener un grado de ocurrencia, sino que igualmente debe gozar, si fuere el caso, de una "duración determinada o determinable" a fin de poder establecer la cuantía de la "pérdida de una expectativa en proporción a la probabilidad de que acontezca", pues, cuando la cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios no puede establecerse con suficiente grado de certeza, "queda a discreción del Tribunal, fijar el monto del resarcimiento (art. 7.4.3. Unidroit).

**3.26.7. Pérdida de oportunidad del socio industrial excluido indebidamente.-** Concordante con lo arriba expuesto, el Tribunal encuentra que, fuera del daño como lucro cesante que pueda sufrir un socio por efecto de su exclusión indebida, como antes se vio, dicho socio excluido también puede padecer, como daño, la pérdida de oportunidad de obtener el provecho en esa sociedad, siempre que demuestre la existencia de los siguientes requisitos: El primero, ha de ser el de la tenencia de una oportunidad legítima, real, verídica, seria y actual, pero probable (de acuerdo al razonable grado de certeza) de obtener un provecho de la sociedad, la cual resulta frustrada con su exclusión indebida. El segundo requisito, consistente en la antijuridicidad de la pérdida de la oportunidad, causada por la exclusión ilícita. Y el tercer requisito consiste en que el Tribunal encuentre el carácter de determinado o determinable y razonable de la pérdida de la oportunidad alegada.

**3.27. Daño extrapatrimonial.** En tanto que los daños extrapatrimoniales<sup>56</sup> solamente se causan en caso de afectación a derechos extrapatrimoniales, tal como sucede cuando, en desarrollo de la sociedad, con la exclusión indebida se causan los daños al honor y la honra en los eventos de falsas imputaciones de acoso sexual o laboral, o falta de pruebas de estas últimas<sup>57</sup>, caso en el cual debe repararse la ofensa mediante el arbitrio judicial<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> El daño también puede ser "**pecuniario** e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional" (Art.7.4.2. Unidroit.).

<sup>57</sup> *Ibidem*

**3.28. Nexo causal.** Además, para la prosperidad de esta pretensión era indispensable la demostración del nexo de causalidad entre la exclusión social indebida y el daño mencionado.

**3.29. Objeto.** Así mismo, el objeto de esta pretensión (petitum) habrá de consistir en la indemnización de perjuicios determinada que solicite el demandante, que, como acabó de verse, podrá variar según las circunstancias. Por tanto, como se dijo, dentro de dicho objeto no queda comprendida la restitución del aporte si la sociedad continua vigente, sino el valor que habría de corresponderle a las cuotas sociales pertenecientes al socio excluido, que deba compensársele. Ni mucho menos comprende este objeto el restablecimiento de la calidad de socio, puesto que esta se ha extinguido con los efectos de la exclusión correspondiente.

**3.30. Regulación de la declaración judicial de la exclusión del socio en el litigio sub-examine.** Es aquella que hace procedente la intervención judicial en esta materia.

**3.30.1 Procedencia.** Sin embargo, como se vio en su oportunidad, su procedencia judicial es subsidiaria.

**3.30.2 Decisión voluntaria.-** Es aquella exclusión que surge por voluntad exclusiva de la sociedad. Porque allí es preciso señalar que si la posibilidad de exclusión es una facultad legal de carácter excepcional, no lo es menos que en todos los casos, sean legales o convencionales, no solo se requiere que algún órgano social autorizado la ejerza, sino que también que la adopte, esto es, que profiera la voluntad de exclusión, mediante la “decisión” correspondiente, momento a partir del cual deben producirse las consecuencias legales, especialmente la de la transmisión de las cuotas sociales en la forma prevista en los estatutos o la forma acordada.

**3.30.3 Decisión judicial.-** Sin embargo, como quiera que dicha decisión suele adoptarse unilateralmente por la sociedad contra la voluntad del

---

<sup>58</sup> Tiene aplicación para la fijación del daño moral en caso de muerte (Casac. del 12 de julio de 1994) y de afectaciones a lesiones en vida (Casac. del 6 de septiembre de 2004).

socio, es usualmente factible que este último controvierta su existencia, eficacia y ejecución de transferencia de las cuotas sociales, basándose en el reproche a su legalidad, o su alcance, o su valor, o en cualquier motivo, o que simplemente el socio no acepte o desconozca la exclusión. En tal evento, como ocurre en el caso presente, resulta procedente acudir a la vía judicial ordinaria, en este evento arbitral, mediante el ejercicio de la acción declarativa de exclusión de socios que promueva un proceso de conocimiento (Art. 2º. C.P.C.) que le dé certeza jurídica a su existencia y a sus respectivas consecuencias.

En segundo lugar, destaca el Tribunal que la regulación sustancial de la pretensión que allí se formula, no es, desde luego, la que está consagrada para las diferencias extrajudiciales, como la del Art. 363 y ss. del C.Co., sino la regulación convencional y, en subsidio, la legal pertinente, que, de acuerdo con las circunstancias, rijan la posibilidad de exclusión de socios. Luego, tal regulación deberá contener la procedencia, el órgano competente, el procedimiento, las causales y consecuencias, que arriba se ha expuesto, y a lo cual se recurre.

**3.31. Pretensión declarativa de exclusión.-** De acuerdo con lo expuesto, en desarrollo de la acción judicial inicial o de reconvención, también puede formularse la pretensión declarativa de exclusión de socio, para que se reconozca judicialmente su existencia y, en consecuencia, se le otorgue la certeza jurídica pretendida. Sin embargo, tal pretensión tiene sus elementos subjetivo, causal y objetivo con características especiales, tal como se expone a continuación.

**3.31.1.Elemento subjetivo.-** Está representado por los legitimados (legitimatio ad causam) activa y pasivamente, teniendo en cuenta, de un lado, que tan solo gozan de legitimación activa, esto es, del poder jurídico para reclamar el reconocimiento judicial de la exclusión que se ha hecho, que carece de certeza o ha sido discutida, lo tiene exclusivamente la sociedad que ha impuesto la respectiva sanción de exclusión, mas no los socios, aun cuando hayan intervenido en la decisión, ni mucho menos los terceros. En tanto que, de otro lado, solo está legitimada pasivamente, aquella persona a quien deba reclamársele y en consecuencia deba satisfacer o reconocer, aún contra su voluntad, la exclusión, la cual no puede ser sino el mismo socio excluido.



**3.31.2.Elemento causal.-** Por otra parte, el elemento causal, esto es, la causa petendi, está representada, de un lado, en la existencia de una exclusión voluntariamente adoptada por la sociedad, que, con independencia de su legalidad o ilegalidad, se ha discutido, en todo o en parte, y resulta incierta en ella, o en su compensación de las cuotas sociales o en las utilidades pendientes, etc., tal como se expuso en su oportunidad.

**3.31.3.Elemento objetivo.-** Consiste en la petición (petitum) del reconocimiento o declaración de la existencia de exclusión del socio, adoptada por la sociedad, con sus respectivas consecuencias. Sin embargo, es preciso destacar que, dado que el objeto de esta pretensión es la exclusión de la calidad de socio que, en sí mismo, implica la extinción del estado de socio, ello indica, entonces, que también se encuentran implícitas en dicha controversia judicial, sus consecuencias legales económico-sociales que son: De una parte, la determinación de la suerte del aporte, que solo es restituible en los casos del Art. 143 del C.Co; y, de la otra, la determinación de la suerte de las cuotas sociales que correspondían al socio excluido.

Ahora, los efectos de esta exclusión, debido a la extinción de la calidad de socio, siempre habrá de ser la obligación legal o forzosa del socio excluido de transferir las cuotas sociales y su correlativo derecho a una compensación, en los términos que indiquen los estatutos y, en su defecto, la ley. Es decir, como consecuencia de la exclusión se produce una enajenación forzosa de las cuotas sociales, que bien puede cumplirse voluntariamente, negociando su monto (Arts. 372 y 379 num.3º. del C.Co.), y, en su defecto, por el valor que se establezca en el proceso, tal como se desprende de los Arts. 358, num.2º. del C.Co., en armonía con los Arts. 372 y 414 C.Co.

#### **4. ANÁLISIS Y CRÍTICA PROBATORIA.**

Para su desarrollo previamente se precisan las pretensiones y el acervo probatorio allegado.

**4.1. Pretensiones del litigio.-** Son conexas las pretensiones formuladas.

**4.2. Pretensiones de la demanda inicial.-** Si bien es cierto que en la demanda inicial se formulan unas pretensiones que no se acomodan a la forma usual en el foro<sup>59</sup>, no lo es menos que ellas se acumulan activamente como principales y subsidiarias y que, dada la complejidad de cada una de ellas, resulta indispensable interpretarlas<sup>60</sup>, teniendo en cuenta su naturaleza y elementos.

**4.3. Peticiones:** Por tanto, para el Tribunal dichas peticiones de declaraciones y de condena, contemplan en conjunto una serie de pretensiones de responsabilidad contractual (del contrato social y/o del Acuerdo de socios) de indemnización de perjuicios (con alcance diverso). Tales pretensiones: Unas se han señalado como principales de carácter declarativo (las peticiones 1 a 10) y otras de condena (las peticiones 11 a 13); y unas últimas, como subsidiarias (en materia de cuantía) con peticiones similares, sin que vulneren ninguna exigencia legal.

**4.4. Fundamentos:** Sin embargo, para su formulación, el demandante las hace semejantes en su fundamento central, pero las distingue en su causa específica. En efecto, la demanda funda de manera prioritaria todas las pretensiones en el carácter indebido de la exclusión de socio industrial, en vista de violaciones legales y convencionales (contrato y estatutos sociales), para lo cual basta con leer las pretensiones II.1 principales (cuarta), II.2. primeras subsidiarias (cuarta), II.3 segundas subsidiarias (cuarta), II.4 terceras subsidiarias (cuarta) y II.5 cuartas subsidiarias. Sin embargo, cada una de estas peticiones sobre el carácter indebido de la exclusión, hace descansar en diferentes hechos y omisiones como causa petendi, a saber:

- a) Por no ser realidad la razón aducida para la exclusión (peticiones principales 5 y 6, concordantes con los hechos 47 y 48).
- b) Por abuso del derecho (primeras subsidiarias, 4, concordantes con los hechos 13, 15, 42 y 44).
- c) Por violación del derecho de defensa y el debido proceso (segundas subsidiarias, 4, concordantes con los hechos 44 y 45).

---

<sup>59</sup> La **naturaleza de una acción** no depende del nombre ocasional que se le haya dado, sino de los hechos y peticiones que concurren a estructurarla" (Casac. del 18 de marzo de 1966 y Casac. del 21 de marzo de 1991).

<sup>60</sup> Al juzgador le corresponde interpretar la demanda para considerar la "más adecuada y racional" (Casac. 29 de noviembre de 1999).

- d) Por violación de los estatutos, los cuales no las contemplan (terceras subsidiarias, 4, concordantes con los hechos 50 a 63).
- e) Por todas las violaciones indicadas y la exclusión del componente laboral (cuartas subsidiarias, concordantes con el hecho 49).
- f) Por la "pérdida de la probabilidad (quintas subsidiarias, concordantes con los hechos 55 a 57).
- g) Por las violaciones anteriores, bajo el entendido de que las condenas deben ser libres de impuestos (declaración común II-7, concordante con el hecho 41).

Por consiguiente, todas estas pretensiones se han acumulado en forma adecuada, como principales y subsidiarias.

**4.5. Pretensiones de la demanda de reconvención.** A su turno, la demanda de reconvención también formula pretensión contractual declarativa de la exclusión como socio capitalista de Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez (primera) y la condena al mismo reconviniente a reembolsar al demandado el aporte de capital y, en subsidio, el valor de \$70.500.000, al valor de las cuotas sociales o de su liquidación en esa cantidad, o el que fije el Tribunal o se establezca pericialmente (segunda a séptima); y que, como consecuencia, se autorice a la reconviniente la "disminución del capital social". (Infra No.7.1.).

**4.6. Acervo probatorio.** Tal como se señaló en el punto 3, en el presente proceso arbitral se han decretado y practicado oportunamente las siguientes pruebas:

**4.6.1. Documentos.** Se decretaron y se incorporaron al expediente los documentos aportados con la demanda, la contestación, la demanda de reconvención y su contestación, donde se destacan la escritura pública de constitución y algunas reformas de estatutos sociales; el Acuerdo Privado de socios; la documentación de KPMG Ltda. de interés para el pleito relacionada en dichos actos procesales, el traslado del peritaje en el proceso adelantado ante la Superintendencia de Sociedades, etc.

**4.6.2. Declaraciones de parte.** Se decretaron y practicaron las declaraciones de la parte demandada KPMG LTDA. por medio de su

representante legal Gustavo Avendaño<sup>61</sup>, y de los demandados Jorge Humberto Ríos<sup>62</sup>, Elvia María Bolívar Puerta<sup>63</sup> y Juan Pablo Murcia Fajardo<sup>64</sup>. Igualmente fue recibida la declaración bajo juramento de la parte demandante Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez<sup>65</sup>.

**4.6.3. Testimonios.** Fueron decretados y practicados los testimonios de Miriam Fonseca<sup>66</sup>, Maritza Sarmiento<sup>67</sup>, Luz Mery Pardo<sup>68</sup>, Alexia Echeverry<sup>69</sup>, Luis Fernando Molano<sup>70</sup>, Orlando Lamo<sup>71</sup>, Manuel Zarama<sup>72</sup>, Mauricio Torres<sup>73</sup>, Sarah Alicia Moya<sup>74</sup>, Marta Patricia Cortés<sup>75</sup>, Carlos García, Alfonso Carrillo, David Bunce<sup>76</sup>, Gabriel Villarrubia<sup>77</sup>, Pablo Lieker<sup>78</sup> y Claudia Amparo Cañas<sup>79</sup>.

**4.6.4. Dictamen pericial.** Igualmente, se decretó y practicó dictamen pericial, a cargo de Tayron Alfonso Roa Vargas, sobre los valores de los diversos aspectos planteados en los interrogatorios de la parte demandante y de los demandados, así como la valoración de la empresa y las cuotas sociales de la parte demandante, recogidos en tres cuadernillos para los indemnizatorios y la valoración empresarial, y en dos libros de explicación y soportes<sup>80</sup>.

---

<sup>61</sup> C.P. No. 2, Fol 393 y ss

<sup>62</sup> C.P. No. 2, Fol 405 y ss

<sup>63</sup> C.P. No. 2, Fol 386 y ss

<sup>64</sup> C.P. No. 2, Fol 407 y ss

<sup>65</sup> C.P. No. 2, Fol 410 y ss

<sup>66</sup> C.P. No. 2, Fol 424 y ss

<sup>67</sup> C.P. No. 2, Fol 436 y ss

<sup>68</sup> C.P. No. 2, Fol 439 y ss

<sup>69</sup> C.P. No. 2, Fol 416 y ss

<sup>70</sup> C.P. No. 2, Fol 419 y ss

<sup>71</sup> C.P. No. 2, Fol 352 y ss

<sup>72</sup> C.P. No. 2, Fol 355 y ss

<sup>73</sup> C.P. No. 2, Fol 357 y ss

<sup>74</sup> C.P. No. 2, Fol 422 y ss

<sup>75</sup> C.P. No. 2, Fol 366 y ss

<sup>76</sup> C.P. No. 2, Fol 379 y ss

<sup>77</sup> C.P. No. 2, Fol 339 y ss

<sup>78</sup> C.P. No. 2, Fol 360 y ss

<sup>79</sup> C.P. No. 2, Fol 370 y ss

<sup>80</sup> C.P. No. 7.

Así mismo, dicho dictamen, a solicitud de ambas partes, fue aclarado y complementado satisfactoriamente. Con relación a la solicitud de la convocante, se hicieron las aclaraciones relativas a porcentajes, cantidades, razones, fundamentos, regulaciones y precisiones sobre compensación variable, distribución de utilidades, intereses de aporte y valoración de cuotas; así como igualmente se hicieron las complementaciones solicitadas referidas a los impactos de dichas valoraciones en los demás aspectos de compensación variable, intereses del Fondo de retiro, valor de cuotas, etc. De igual manera, el referido dictamen también aclaró, a solicitud de la demandada KPMG LTDA., las razones y fundamentos de algunas de sus decisiones, así como de ciertas argumentaciones.

Con todo, de manera general, sin perjuicio de su concreción en su oportunidad, este Tribunal procederá a apreciar dicho dictamen, teniendo en cuenta su naturaleza, exigencias legales y apreciación global de las pruebas.

En primer término, deja sentado el Tribunal que el susodicho dictamen con sus aclaraciones y complementaciones es una “peritación científica y técnica”, de carácter contable y financiero que, no solo ha procedido de un perito, con la debida asistencia profesional, que tiene los conocimientos e idoneidad para su elaboración, en lo cual no ha habido reproche por las partes, sino que, debido a esa naturaleza, deberá apreciarse (Arts. 241 y 233 del C.P.C.), especialmente en el lenguaje técnico de dicha disciplina, en su expresión numérica, gráfica y documental, y, ante todo, en su manifestación. Por lo tanto, para el Tribunal resulta suficiente su manifestación concreta y concisa en cada uno de sus aspectos, por cuanto, además de ser propio del trabajo de éstas disciplinas, se considera adecuado para inferir los juicios lógicos que expresan sus razones, fundamentos, conclusiones, etc., lo cual ha sido suficientemente aclarado en el interrogatorio hecho oportunamente al perito por la parte convocante<sup>81</sup>.

En segundo lugar, también deja sentado el Tribunal que el mentado dictamen pericial se ajusta a las exigencias legales del artículo 241 del

---

<sup>81</sup> Acta 23, Fol. 340 Cuaderno Principal No. 2.

C. de P.C. Pues tiene “firmeza”, por cuanto sus apreciaciones son concluyentes, sin vacilación alguna; precisión, no solo en los porcentajes y cantidades, sino también en las razones, fundamentaciones y soportes a los cuales alude, que a pesar de su expresión lacónica y algunos reproches de las partes, se consideran suficientes para su respectiva apreciación; y fundado, porque, aunque con la misma característica de síntesis mencionada, no solo expresa razones teóricas, indica referencias documentales, métodos y sistemas en que se apoya, sino también con expresiones gráficas, que expresan en sí mismas su manifestación o presentación lógica.

En tercer lugar, igualmente deja sentado el Tribunal que la apreciación probatoria del prenombrado dictamen con sus aclaraciones y complementaciones se hará, de una parte, teniendo en cuenta las normas jurídicas sustanciales aplicables y, en consecuencia, los supuestos de hecho que consagran su efecto jurídico (Art. 177 del C.P.C.) y, de la otra, también teniendo en cuenta las demás pruebas decretadas, incorporadas y practicadas en el presente proceso, a fin de ser apreciadas en su conjunto (Art. 187 del C. de P.C.). Por esta razón como se precisará en su oportunidad, el dictamen se acogerá solo en parte, especialmente en lo referente al monto de retiro, la compensación variable, los intereses sobre aquel monto y la valoración de las cuotas sociales del demandante, etc. Como igualmente se explicará, algunas otras partes de dicho dictamen no se tendrán en cuenta, bien sea por la falta legal de prosperidad de otras pretensiones, así como por la inconducencia o impertinencia en relación con otras.

**4.6.5. Otras pruebas.-** Así mismo, se decretaron y practicaron la exhibición y cotejo de documentos, reconocimientos, etc.

## **5. ACUERDOS SOCIALES.**

Se encuentran debidamente acreditados en este proceso el contrato social y el denominado “Acuerdo Privado de socios”.

**5.1 Contrato y estatutos sociales.-** Constan en su constitución (escritura 6476 de 1959 de la Notaría 4ª. de Bogotá) y sus reformas, donde se destaca la escritura pública No.695 de 2002 de la Notaría 41 de Bogotá (estatutos sociales), que establece la posibilidad de la exclusión de socios

por la junta de socios que representen no menos del 75% de las cuotas sociales y no por el presidente ejecutivo<sup>82</sup> y la escritura pública 3297 de 2011 de la Notaría 25 de Bogotá (cláusula 5a.) que exigió que todos los socios aportaran su industria<sup>83</sup> (Supra No. 3.1.)

Si bien es cierto que la cláusula quinta de los Estatutos Sociales, según el punto cuarto de la escritura pública 3297 del 15 de diciembre de 2011 de la Notaría 25 del Círculo de Bogotá, modificó la cláusula de los estatutos sociales, a la sazón vigente y aplicable al caso sub-examine y estableció que “este derecho a recibir utilidades se perderá cuando el socio industrial deje de aportar su industria o trabajo a la sociedad”<sup>84</sup>, también lo es que dicha regulación lo prescribe como consecuencia del incumplimiento de lo convenido previamente, esto es, de que los socios “se obligan a aportar su industria y por consiguiente dedicarán todo su tiempo al manejo de los negocios sociales”. Luego, se trata de una regulación convencional del cumplimiento (o no) del contrato, caso en el cual habría lugar o no, al derecho a percibir utilidades, para quien “aún continúa” (como se desprende de su propio texto) con la “calidad de socio industrial”. Pues solo “el socio industrial” puede “perder” el derecho a percibir utilidades.

Por tanto, dicha cláusula nunca pudo referirse a aquella situación de un ex socio, puesto que si a éste se le extinguió su calidad de socio, sus eventuales derechos no serían contractuales societarios, sino indemnizatorios o de otra clase, aunque se basen en aquellos.

Por consiguiente, dicha cláusula no regula la situación de la exclusión indebida de un socio industrial, la cual habría de encontrarse en el contrato de sociedad, o, en su caso, en el Acuerdo Privado de socios que sea igualmente vinculante para la sociedad.

---

<sup>82</sup> ESTATUTOS SOCIALES: (E.P. 695, 10 de abril/02 Not. 41 Bogotá)

*“CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA: ... O la exclusión o retiro de los socios, deberán ser aprobadas con no menos del setenta y cinco por ciento (75%)” (C.P. No. 1, Fol. 52)*

*“CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA: Son funciones de la junta de socios las siguientes: (...) f. Decidir sobre el retiro y exclusión de socios...” (C.P. No. 1, Fol. 52)*

<sup>83</sup> *“CLÁUSULA QUINTA: (...) Todos los socios son contadores y además del aporte del capital, se obligan a aportar su industria (...)” (C.P. No. 1, Fol 86v)*

<sup>84</sup> C.P. No. 1, Fols 43 y ss

**5.2 Acuerdo Privado de Socios.** Así mismo se encuentra probado un “Acuerdo Privado” del 29 de marzo de 2003, suscrito por las personas naturales aquí demandadas,<sup>85</sup> al cual se adhirió expresamente el demandante el 3 de noviembre de 2004<sup>86</sup> (Supra No. 3.2.). Además, este acuerdo fue complementado por Otrosíes de 2008, 2010 y 2011, siendo el segundo firmado en esta última fecha y aceptado expresamente por la sociedad KPMG LTDA. demandada en la contestación al hecho 61 de la demanda.

**5.3 Contenido general.** Teniendo en cuenta la necesidad de crecimiento y desarrollo profesional, en el Acuerdo se conviene la distribución de utilidades y la creación de un fondo (cláusulas 1ª. a 3ª.),<sup>87</sup> la adopción de un plan de retiro (cláusulas 4ª. y 5ª.)<sup>88</sup> y el pacto arbitral (cláusula 6ª)<sup>89</sup>. Este Acuerdo fue adicionado con “Otrosí” en el 2011, donde se convienen las reglas del gobierno corporativo (cláusula 7ª)<sup>90</sup> para luego señalar los

---

<sup>85</sup> A Folio 91 y ss del Cuaderno de Pruebas No. 1 obra el texto del “Acuerdo Privado” celebrado entre los socios de KPMG.

<sup>86</sup> A Folio 99 del Cuaderno de Pruebas No. 1 obra el texto del “Otrosí al Acuerdo Privado de los Socios de la Organización KPMG Internacional el Colombia que se desempeñan como empleados en las diferentes sociedades”, suscrito el 3 de noviembre de 2004 por el convocante.

<sup>87</sup> “CLAUSULA PRIMERA: La distribución anual de la utilidad se hará según Estados Financieros combinados de las diferentes sociedades de la operación KPMG en Colombia, según metodología KPMG y con cierre a septiembre 30 de cada año”  
“CLAUSULA TERCERA: Que anualmente se destinará el 1% de las utilidades antes de impuestos, como aporte al fondo “Plan de Retiro” (C.P. No. 1, Fol. 93).

<sup>88</sup> “CLAUSULA CUARTA: Que la compensación económica denominada “Plan de retiro”, se liquidará con base en el procedimiento y factor establecido en el presente Acuerdo, que se indica en la cláusula siguiente” (C.P. No. 1, Folio 93).

“CLAUSULA QUINTA: “Que en el momento en que uno de los abajo firmantes decida retirarse de la sociedad o cumpla con los requisitos obligatorios de retiro, en la sociedad en que es empleado, se le reconocerá una compensación económica denominada “plan de retiro”, estipulada a favor de quienes teniendo la calidad de socios también tengan la de empleados, durante 12 años o más, mantengan el cargo de Presidente, Gerente General, Vicepresidente o suplente del Gerente, según el caso, en las sociedades que operan bajo la marca KPMG en Colombia y cumplan con la entrega de sus cuotas sociales a la(s) sociedad(es) donde figuren como socios (...).” (Tal como quedó modificada con el Otrosí celebrado el 27 de abril de 2011) (C.P. No. 1, Folio 151 y ss).

<sup>89</sup> “CLÁUSULA SEXTA: “(...) Si en un término de sesenta (60) días calendario, computados desde la designación del amigable componedor, las partes no logran arreglar sus diferencias, el asunto se someterá al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá para que nombre un árbitro que resuelva la controversia...” (C.P. No. 1, Folio 98).

<sup>90</sup> “CLÁUSULA SÉPTIMA: “(...) 3. **Mayorías Decisorias.** Cuando en este acuerdo privado se exprese que las decisiones se tomarán por el 75% de la Junta de Socios, se entenderá que este porcentaje está determinado por la participación recibida por cada socio respecto a las utilidades generadas por el estado financiero combinado de las tres (3) sociedades KPMG en Colombia, al 30 de septiembre del año inmediatamente anterior, que se reporta a KPMG Internacional. Cuando se retire alguno de los socios, para efectos de la votación las correspondientes cuotas sociales serán disminuidas de la base de cálculo a fin de determinar la mayoría decisoría para el año KPMG siguiente al retiro.



aspectos importantes de elección, votación, perfil, funciones, período y retribución del Senior Managing o Presidente de KPMG LTDA. en Colombia (Cláusula 8ª. a 11ª.); de integración (composición, atribuciones, período, retribución, etc.) del Comité Ejecutivo (cláusulas 14ª. 18ª) y la designación (nombramiento, período, funciones, etc.) de los líderes de función (cláusulas 19ª a 21ª.), así como las reglas relativas a los socios (admisión, perfil, obligaciones, prohibiciones, compensaciones, votaciones, exclusiones de socios, etc.) (cláusulas 22ª a 34ª).<sup>91</sup>

#### **5.4 Contenido relacionado con terceros (las sociedades KPMG).** Así mismo, en este Acuerdo Privado celebrado entre las mencionadas personas naturales y sus adherentes, se señalan o estipulan a cargo del tercero, la sociedad KPMG LTDA., las siguientes orientaciones, obligaciones, derechos y atribuciones. En efecto:

- a) En primer lugar, se consagra que ciertas directrices, obligaciones y beneficios de KPMG LTDA., y de sus socios, sean atribuciones de KPMG Internacional. Ello se encuentra establecido, cuando se reconoce que la metodología utilizada, y, desde luego, la política organizacional que la orienta pertenece a KPMG Internacional. Por lo tanto, dicha política y metodología incluye la distribución de utilidades y el plan de compensación de retiro de los socios de las distintas sociedades (considerandos 4 y 5)<sup>92</sup>, así como también las reglas del gobierno corporativo.

---

*Cuando en este acuerdo se exprese que las decisiones se tomarán por el 66% de los votos, se entenderá que el porcentaje está determinado por la sumatoria de los votos individuales sin importar la participación respecto a las utilidades generadas ni respecto del número de cuotas sociales que representa (...)"*

<sup>91</sup> "(...) CLAÚSULA TRIGESIMA CUARTA. REGLAS SOBRE EXCLUSION DE SOCIOS. En los casos en que el socio no cumpla con el perfil, ni con las obligaciones establecidas en este acuerdo o las previstas en los estatutos de la sociedad KPMG en Colombia, o haya incurrido en cualquiera de las conductas establecidas como prohibidas por las Políticas de Administración de Riesgo o la Ley Colombiana se excluirá de la sociedad al socio capitalista, una vez se haya aprobado por la mayoría de miembros del Comité Ejecutivo. La exclusión del socio capitalista se hará efectiva mediante una disminución de capital con efectivo reembolso de aportes, y por ende, se aplicará lo dispuesto en el artículo 145 del Código de Comercio. (...)")

<sup>92</sup> "ACUERDO PRIVADO: CONSIDERACIONES.

4. Que se requiere que los socios de las sociedades que operan bajo la marca KPMG en Colombia que tienen derecho a participar de las utilidades consolidadas, provenientes de la operación económica de la prestación de servicios profesionales bajo la marca KPMG, según la metodología de KPMG Internacional y con cierre a septiembre 30, aplicando los porcentajes que, en reunión anual de socios, se determina mediante evaluación previa del esfuerzo de cada socio en el cumplimiento de las metas de negocio.

5. Que los socios de las distintas sociedades, diseñaron y aprobaron un plan de compensación económica de retiro de socios en las condiciones que más adelante se señalan, el cual debe ser entregado a través de un fondo que se constituya para el efecto". (C.P. No. 1, Folios 91 Y 92).

- b) En segundo lugar, se convienen ciertas obligaciones y derechos correlativos, como los siguientes: a) Que “según metodología de KPMG Internacional se obliga a destinar a 1% de las utilidades consolidadas a septiembre 30 antes de impuestos, al plan de retiro de socios (consideración No.7)<sup>93</sup>.- b) Que corresponde a KPMG Ltda. la obligación de “deducir de las utilidades anuales que se decreten en cabeza de cada uno de los socios” un porcentaje para contribución al fondo (consideración No. 6)<sup>94</sup>.c) Que corresponde a las sociedades empleadoras de KPMG en Colombia, la obligación de reconocimiento y pago de la compensación, porque “en el momento en que uno de los abajo firmantes decida retirarse de la sociedad o cumpla con los requisitos obligatorios de retiro, en la sociedad en que es empleado, se le reconocerá una compensación económica denominada plan de retiro, estipulada a favor de quienes teniendo la calidad de socios también tengan la de empleados, durante doce años o más...” (Cláusula 5ª.)<sup>95</sup>. d) Que corresponde a las sociedades de KPMG en Colombia, como reconocedoras y pagadoras de las compensaciones, la obligación de asumir “el faltante” cuando los

---

<sup>93</sup> “7. Que adicionalmente, del Estado de Resultados consolidado según metodología de KPMG Internacional se obliga a destinar el 1% de las utilidades consolidadas a septiembre 30 antes de impuestos, al Plan de Retiro de Socios.

<sup>94</sup> “6. Que la compensación económica por retiro de socios en los eventos en que se cumplan las condiciones para su pago, se financiará con una suma equivalente al 12% de las utilidades netas después de impuestos (según metodología de reportes contables KPMG y con cierre a septiembre 30), que se deducirá de las utilidades anuales que se decreten en cabeza de cada uno de los socios (...).

<sup>95</sup> El plan de retiro se sujetará a los siguientes términos: A. Plan de Retiro, Condiciones. a) Por retiro voluntario, el cual (...) b) Por retiro obligatorio que tendrá lugar cuando el Socio – empleado (...) c) En los casos de muerte o incapacidad total (...) El despido o desvinculación del empleado, que ostente el cargo de Presidente, Gerente, Vicepresidente o suplente del Gerente, por justa causa y por decisión unilateral de su empleador, no dará lugar a la compensación económica de que trata esta cláusula; en tal evento la decisión deberá tomarse con un mínimo del 75% de los derechos sociales de los socios de las sociedades que operan bajo la marca KPMG en Colombia, reunidos en junta combinada y que no estén afectados directamente por dicha decisión”. Más adelante, a folio 155 se lee: “(...) De todas formas queda claro que el fondo que se constituya, es una forma de ir construyendo la financiación del plan de retiro y en el evento que los recursos no sean suficientes para el pago a los socios retirados, es el consolidado de las empresas quien debe asumir el faltante, quedando los firmantes de este acuerdo liberados de toda responsabilidad patrimonial personal o familiar, para cumplir con el pago del plan de retiro (...). Posteriormente, en el mismo folio se lee: “(...) Parágrafo Sexto. La cesión de las cuotas sociales legalmente se hará al valor intrínseco, deducidas las utilidades del ejercicio; de cualquier manera, la suma que efectivamente reciba por la cesión de sus cuotas sociales y compensación de retiro, el Socio - empleado que desempeña el cargo de Presidente, Gerente, Vicepresidente o suplente del Gerente al momento del retiro de la sociedad a la cual esté vinculado, será igual a la sumatoria del valor de su participación en el patrimonio consolidado KPMG (según metodología KPMG) más la Compensación que resulte del plan de retiro. El pago de la sumatoria descrita se hará así: El valor de su participación en el patrimonio consolidado se pagará de contado y el remanente se pagará siguiendo lo estipulado en el literal D (Forma y término de pago) (...)”

recursos del fondo no sean suficientes (inc.2º. para. 2º. de la cláusula 5ª.).<sup>96</sup>- e) Que corresponde a cada una de las sociedades KPMG la obligación de designar comisión de arreglo directo (cláusula sexta).

- c) En tercer lugar, dicho Acuerdo Privado también reconoce a las sociedades de KPMG otras atribuciones, como las siguientes: a) "imponer sanción por "la comisión por parte de los socios de conductas reprochables que vayan en desmedro de una cualquiera de las sociedades" (considerando 8).- b) Despedir al Presidente, Gerente, Vicepresidente o suplente; acto que solo puede ser adoptado por el 75% de los derechos sociales de KPMG en Colombia, "reunidos en Junta combinada" sin participación de los afectados (cláusula 5ª. A. inc. fin.).- c) La constitución del "fondo" corresponde a KPMG porque deduce el porcentaje de contribución de los socios (considerandos y cláusula 2ª.) y destina el 1% de sus utilidades al fondo (considerando 7 y cláusula 3º.), todo lo cual "se destinará a un fondo especial constituido para este fin" (parágrafo 1º. de la cláusula 5ª.).<sup>97</sup>
- d) En cuarto lugar, el Acuerdo Privado de Socios establece, conforme a las directrices arriba mencionadas, las reglas de administración y de gobierno, funciones y condiciones de directivos de los socios (cláusula 7ª y ss.).<sup>98</sup>

5.5 **Efectos.** Los efectos de este Acuerdo Privado, se predicán de todas las partes de este proceso. (Supra No. 5.3.)

5.6 **Efectos entre los socios partes.** Ello obedece a que tanto el demandante, como las personas demandadas fueron parte del

---

<sup>96</sup> OTROSÍ AL PLAN DE RETIRO DEL ACUERDO PRIVADO DE SOCIOS: "De todas formas queda claro que el fondo que se constituya, es una forma de ir construyendo la financiación del "Plan de Retiro" y en el evento que los recursos no sean suficientes para el pago a los socios retirados, es el consolidado de las empresas quien debe asumir el faltante, quedando los firmantes de este Acuerdo liberados de toda responsabilidad patrimonial personal o familiar, para cumplir con el pago del "Plan de Retiro" (C.P. No. 1, Folio 151 y ss).

<sup>97</sup> Las consideraciones y los pactos aludidos obran en el Acuerdo Privado celebrado el 29 de mayo de 2003, (C.P. No. 1, Folio 91 y ss). En el Otrosí al mismo celebrado el 27 de abril de 2011 (C.P. No. 1, Folio 233 y ss) y en el Otrosí al Plan de Retiro del 27 de abril de 2011 (C.P. No. 1, Folio 151 y ss)

<sup>98</sup> Idem, "Otrosí al Acuerdo Privado..."

Acuerdo y por tanto, les es obligatorio (Arts. 822 C.Co. y 1602 del C.C.).

5.7 **Aceptación del Acuerdo y los Otrosíes por KPMG LTDA.** Si bien es cierto que KPMG LTDA. no suscribió el referido Acuerdo, ni los Otrosíes, no lo es menos que previa y posteriormente los aceptó, tal como lo demuestra el siguiente acervo probatorio.

5.8 **Aceptación de KPMG LTDA. sobre la directriz política.** El uso de la marca KPMG, por parte de la sociedad demandada KPMG Ltda. se encuentra acreditado por la escritura de constitución y sus estatutos (escritura 695 del 10 de abril de 2002 de la Notaría 41 de Bogotá).<sup>99</sup> Sin embargo, a pesar de que esta sociedad (KPMG LTDA.) y KPMG ADVISOR y SERVICES LTDA y KPMG IMPUESTOS Y SERVICIOS LEGALES LTDA., son completamente independientes (como dice el dictamen en el libro 1 Fol. 0017), no es menos cierto que siguen los lineamientos en reportes financieros según KPMG Internacional, ajustada a la legislación colombiana (folio 0018) y según la metodología de KPMG Internacional en presupuesto (de 1º de octubre a 30 de septiembre), factores de compensación, contenido de compensación básica (salario + suma mensual fija) y variable (desempeño individual) (folio 0019) en la forma como lo indica el Acuerdo Privado de Socios (folios 005 a 008 del libro 2), aunque ajustado a las prescripciones legales colombianas.

5.9 **Aceptación Metodológica:** Así mismo, tales directrices así como la metodología, supervisión y relación entre KPMG Internacional y KPMG LTDA., se reafirman con la declaración de parte de la demandada<sup>100</sup> y las declaraciones de los testigos.<sup>101</sup>

---

<sup>99</sup> C.P. No. 1, Folio 44 y ss

<sup>100</sup> SR. AVENDAÑO: *Estas son sociedades como digo independiente, nosotros no tenemos ni matriz ni somos subsidiarias, somos totalmente independiente; nosotros para que KPMG Internacional lleve sus registros o sus estadísticas nos piden que hagamos una consolidación de cifras, una sumatoria de lo que es el negocio en Colombia pero es un tema que se hace únicamente para propósitos de casa matriz. (...)*

*"(...) DR. CUBEROS: ¿A título de qué ese aporte?, si usted no tiene nada que ver con este Fondo, ¿por qué hace una erogación imputable a costo tan importante como 1 general más 12 individuales a ese fondo?*

SR. AVENDAÑO: *Primero, porque a nivel internacional hubo un requerimiento de que debíamos de tener una forma de compensar a los socios cuando se retiraban y esto por muchas razones. Resulta que a veces socios que se retiraban y luego volvían a la firma a pedirle, oye, dame una ayuda, mira, me fue mal, etc., digamos que había esa razón; pero también había*

**5.10 Pruebas de la aceptación:** En efecto, el acervo probatorio decretado, incorporado y practicado en este proceso, demuestra diversos hechos de aceptación por parte de KPMG LTDA. del Acuerdo Privado de Socios, especialmente en la promoción, propósito, incentivo, orientación (directrices) y ejecución por parte de KPMG Ltda. del aludido Acuerdo, así:

a) En primer lugar, que KPMG Ltda. conjuntamente con los socios promovieron la celebración de dicho Acuerdo:

Lo primero se desprende de la declaración del representante legal de la Compañía, cuando, después de afirmar que “el Acuerdo Privado es un Acuerdo de socios” en donde no hay ninguna compañía como socia, posteriormente expresa que, “KPMG LTDA. siempre promovió de que en las firmas, miembros de ella, hubiese algún tipo de incentivo para las personas que terminaban su período y debían retirarse”.<sup>102</sup> Lo segundo se demuestra cuando la demandada Elvia María Bolívar Puerta señala que “en su inicio quien promovió (el

---

*otro tema importante allí y es que necesitábamos o se necesita que los socios tuviese una fidelización con la entidad hasta el final para evitar que hubiesen retiros tempranos, básicamente por eso el Fondo establece que para tener derecho existía o hay tres condiciones, una, es completar edad para el retiro; la otra, haber completado mínimo 12 años en el cargo de presidente, en el cargo de socio; y la otra es ser empleado obviamente de una de las firmas, miembro; y había otra que se devuelvan los derechos o las cuotas sociales, con eso cuando se cumplan todos esos requerimientos se tiene el derecho para poder acceder a los beneficios del Fondo. Eso era básicamente, es tener una fidelización. (...)*

*“(...) Ahora, qué pasa, cuando llegamos ya a la parte de distribución de utilidades se distribuyen las utilidades de cada uno, que nunca va a ser superiores a lo que se le asignó a la persona desde el comienzo. Hago una aclaración y me devuelvo un poquitico, siempre que hacemos esa asignación únicamente nosotros repartimos el 70% de lo que pretendemos de que nos quede utilidad, por qué dejamos un 30%, porque no sabemos una contingencia de que se pierda un cliente importante o que no lleguemos al presupuesto. Entonces al final del período lo que tenemos es que sacar cuánto sería lo que le corresponde a la utilidad real y esa utilidad se le asigna a cada socio y como le hemos dado mes a mes unos anticipos, o sea, le hemos dado una plata, lo que hace es que se cruzan las cuentas y al final el saldo se puede mirar cuánto fue lo que se le quitó y cuánto fue lo que se le dio y debe quedar en cero, ustedes pidieron a Myriam y Myriam les irá a mostrar como en el caso del señor Eduardo Orjuela pueden mirar desde que él comenzó hasta que finalizó que las cuentas quedan en cero. (...)*

<sup>101</sup> “SR. BUNCE: KPMG Américas es una compañía incorporada... es una compañía que tiene como objetivo coordinar y promover la colaboración entre las firmas miembros independientes de KPMG en las Américas siempre con el objetivo consistente en la oferta de los servicios, de la ejecución de los servicios etc., y también obviamente procurando proteger y promover la marca KPMG en las Américas. Ahora es importante enfatizar, es una empresa... KPMG Américas no tiene operaciones, no oferta directamente servicios de mercado, etc., y los... son representantes y pares de las firmas miembros independientes de KPMG en las Américas”. (Testimonio del señor David Bunce, socio de KPMG Brasil y ex-funcionario de KPMG Colombia).

<sup>102</sup> Declaración de parte del señor Gustavo Avendaño (C.P. No. 2 Fol. 393 y ss)

Acuerdo) fue el grupo de socios” orientados por el Presidente de la época Dr. Jaime Bueno.

- b) En segundo lugar, que KPMG LTDA. y los socios tuvieron un propósito común:

El de la primera consiste en el “propósito internacional” de que las empresas actúan como una “unidad de que los casos salgan bien”, como lo dice el representante legal; y el de los socios, consiste en el propósito de unir a las tres (3) empresas independientes a través de “un Acuerdo de todos los socios”, como también lo afirma la declarante Elvia María Bolívar Puerta.

- c) En tercer lugar, también se encuentra demostrado que tanto KPMG LTDA como los socios de ella, hayan participado en el incentivo del Acuerdo:

Porque, según la declaración del representante legal de aquella, era necesario “compensar a los socios que se retiraban”, y, según la declarante Elvia María Bolívar, esa compensación se confirmó al convertirse aquella empresa en “patrocinadora, en el sentido de que KPMG Ltda., era quien destinaba esos recursos para el fondo de pensiones.

- d) En cuarto lugar, también aparece demostrado que en la proyección y ejecución del Acuerdo hubo una orientación común tanto para KPMG LTDA., como para los socios de la misma:

Porque la propuesta surgió de aquella y fue acogida por los socios en el Acuerdo Privado. En efecto: Lo uno, porque, según el representante legal de aquella sociedad, desarrolla un “propósito internacional”, no solo en orden para que haya un adecuado manejo de la marca, un adecuado manejo de los negocios, de cumplimiento de políticas, sino también para que “tengamos una metodología común”. Y lo otro, según la declaración de Elvia María Bolívar Puerta, porque siendo independientes cada una de las tres firmas (KPMG LTDA.

Impuestos y Servicios Legales; KPMG Advisor y Services Ltda y KPMG Ltda), se hizo necesario el Acuerdo de socios para cumplir uniformemente. Por ello dice ese objetivo “se pensó en hacer un Acuerdo Privado que pudiera ser un Acuerdo de todos los socios para ese propósito de plan de retiro, pero no tenemos nada en común más que ese Acuerdo privado”.<sup>103</sup>

- e) Y en quinto lugar, corrobora la aceptación de KPMG LTDA, el acervo probatorio sobre la ejecución durante la vida de esa sociedad del Acuerdo Privado de socios, tal como lo demuestran, de una parte, el acervo documental de los actos de distribución de utilidades, presupuesto de octubre a septiembre siguiente, régimen contable, balances, etc. y de la otra, el dictamen pericial con sus aclaraciones y complementaciones. Adicionalmente, porque todos estos aspectos están contenidos en el mencionado Acuerdo Privado.

**5.11 Aceptación de KPMG LTDA. sobre las obligaciones estipuladas por los socios.-** Así mismo, las aceptaciones de las obligaciones estipuladas por los socios también se encuentran acreditadas así:

- Aceptó deducir las utilidades de los socios, tal como lo demuestran las actas de la junta de socios y el dictamen pericial (dictamen-cuaderno ps.5 y ss).

---

<sup>103</sup> SRA. BOLÍVAR: Ese Acuerdo si mal no recuerdo es del año 2002, quiere decir que yo ya llevaba 3 años de socia y se gestó como la posibilidad de que la firma hiciera un aporte de las utilidades anuales que pudiera en un futuro servir en el momento de retiro de cada socio de cumplir los 63 años de edad, los 12 años de aportes a ese fondo, que tuviera la calidad de socio y de empleado, que en el momento del retiro sirviera como para una compensación adicional.

DR. CUBEROS: ¿Por qué lo llama usted patrocinador?

SRA. BOLÍVAR: Digamos que de manera general es eso, de las utilidades anuales de KPMG se destina anualmente un porcentaje que en el documento están los porcentajes que se destinan de esas utilidades después de impuestos; se llama patrocinadora porque es KPMG quien destina esos recursos para el fondo de pensiones, se destinan los recursos e inmediatamente se pasan a un fondo de pensiones que tiene instrucciones de la firma para recibir los recursos, para invertirlos en determinados activos y para pagar en el momento en que la persona cumpla las condiciones establecidas en el Acuerdo para pagarle a la persona dentro de los 5 años siguientes a su retiro con base en una fórmula de cálculo del ingreso promedio de los 3 últimos años pagadero en cuotas trimestrales durante 5 años. Esa sería la respuesta, KPMG es el patrocinador porque es quien destina esas utilidades, los recursos que luego van al fondo de pensiones en este caso a Protección que es el administrador de ese fondo. (Declaración de parte de Elvia Ma. Bolívar Puerta, actual socia de KPMG) (C.P. No. 2, Fol.386 y ss)

- Aceptó hacer compensaciones económicas, de carácter básico y variable (fls. 001 y ss. 009-010-017 y ss. del libro 2) del dictamen, tal como fue convenido en el Acuerdo Privado de Socios (folio 008 del libro 2 del dictamen).
- Aceptó la obligación de reservar el 12% de las utilidades (ver cuadro 0017 del libro 2 del dictamen), para el plan de retiro, convenido en el Acuerdo Privado de Socios (folios 007 y ss. del libro 2 del dictamen).<sup>104</sup>
- Además, el representante legal de la sociedad KPMG Ltda. admite, tal como aparece en el contenido del Acuerdo Privado, que “las compañías KPMG como patrocinadoras aportan dinero a un fondo”, puesto que “KPMG lo que hace es aportar” y KPMG “instruye cuando si debe girar del Fondo el dinero”. Que la sociedad adopte la metodología de KPMG Internacional, especialmente en principios y normas americanas de contabilidad que va desde el 1º. de octubre al 30 de septiembre del año siguiente. Que la “distribución de utilidades de cada uno nunca va a ser superior a la que se le asigne a la persona desde el comienzo”.<sup>105</sup> Lo anterior lo corrobora igualmente

---

<sup>104</sup> El dictamen pericial, con sus aclaraciones y complementaciones, obra en el C.P. No. 7.

<sup>105</sup> “SR. AVENDAÑO: A ver, KPMG siempre promovió de que en las firmas, miembros de ella, hubiese algún tipo de incentivo para las personas que terminaban su período y debían retirarse. En ese momento hubo mucha discusión porque KPMG Internacional en principio tuvo algunos planes de pensiones pero eso no funcionaba porque al ser esto una confederación de firmas todas independientes pidieron que cada firma tuviera una solución en su país. Entonces nos pidieron acá que deberíamos de tener un plan y lo que hicimos fue entre socios reunirnos y acordar cómo podíamos constituir ese plan, el plan al principio uno de los requerimientos era que estuviera completamente fondeado, al principio era imposible todo eso hubo que hacer, una serie de facilitar un poco para que los primeros que se iban a pensionar pudieran recibir su compensación y luego, los siguientes una vez se equilibrara el fondo pudiera este ser auto sostenible al tiempo.

SR. AVENDAÑO: A ver, el fondeo llega de dos formas, primero, de las utilidades totales y aquí hago una aclaración para poder hacer esa explicación. Nosotros tenemos en este momento socios industriales y socios capitalistas; cuando hablamos de la utilidad de la compañía es la utilidad completa que corresponde a socios industriales y a socios capitalistas.

Los firmantes del Acuerdo son únicamente los socios capitalistas, entonces qué sucede, se acordó, que del total de las utilidades de cada ejercicio se tomaba un 1% para girarle a ese fondo y, el equivalente al 12% de lo que correspondía a los socios capitalistas se giraba también al fondo. Esa es la manera como se alimenta el fondo, cada año se hace de esa manera. Esas cuentas tanto el 1% como el 12% que son las cifras de referencia para liquidarlo esas son las cifras que se registran en la cuenta de gastos de KPMG, de cada una de las compañías”. (C.P. No.2 Fol, 393 y ss)



el declarante Juan Pablo Murcia, quien afirma ser beneficiario de dicho fondo.<sup>106</sup>

#### 5.12 Aceptación de KPMG LTDA., sobre atribuciones estipuladas por los socios.

- Aceptó despedir al demandante de su cargo, sin causa justa, el 15 de junio de 2012 (C.P. No. 1 Fol, 117) por “supuesto acoso sexual”<sup>107</sup> y consecuentemente aceptó imponerle la sanción de exclusión de socio que se había acordado en la cláusula trigésima cuarta del Acuerdo Privado de Socios,<sup>108</sup> tal como lo reconocen la declaración del representante de KPMG LTDA., y las de los demandados Elvia Ma. Bolívar, Jorge H. Ríos, etc.
- Aceptó la atribución de despido del Vicepresidente estipulado por los socios, tal como lo acredita el despido del demandante (C.P. No 1, Fols. 117 y 119).
- Aceptó la constitución (ver desarrollo en el cuadro 17 del libro 2 del dictamen) y administración del fondo de compensación de retiro, como lo indica el Acuerdo Privado de Socios (Fols. 007 y ss. del libro 2) tal como lo demuestran las declaraciones de parte de KPMG LTDA., de Jorge Humberto Ríos y las declaraciones de Miriam Fonseca, Maritza Ochoa, Luz Mery Pardo, Alexia Echeverry Cuello, Luis Fernando Molano y Claudia Amparo Cañas.

---

<sup>106</sup> “SR. MURCIA: Había un fondo o hay un fondo en KPMG que se constituyó mucho tiempo atrás, justamente para que los socios a la edad de retiro tuvieran alguna suma para poder sustituir, si estaba en ese Acuerdo sí y soy un beneficiario de ese fondo que KPMG patrocinaba”. (C.P. No. 2 Fol, 407 y ss).

<sup>107</sup> “SRA. CAÑAS: Pues lo que yo recuerdo de esa reunión fue un tema de acoso, digamos con una persona de la firma en una relación no laboral. (...) SRA. CAÑAS: Yo lo que recuerdo de la reunión no sé si estuve el 100% pero sí estuve presente, se mencionó el tema de lo que le mencionaba ahora del acoso, ya no le digo laboral sino del acoso fuera de lo laboral con una persona de la oficina pero no le puedo decir el detalle, de hecho no recuerdo el nombre de la persona con la que se tuvo el caso, Gustavo hizo mención a que esa fue la razón de su despido pero pues no le sé decir el detalle de los hechos, de qué fue lo que pasó en ese momento pero eso es lo que tengo presente, que fue retirado de la firma por eso porque una persona de la firma había generado una comunicación a presidencia y entiendo se había hecho la investigación y de ahí se había resuelto eso porque alguien denunció de la firma hechos sobre el tema. (C.P. No. 2, Fol, 370 y ss)

<sup>108</sup> C.P. No 1 Fol, 245, anteriormente transcrita.

Además, el mismo representante legal de KPMG Ltda., con relación al despido de Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez, manifiesta que “es una potestad que tiene el Presidente y lo puede remover en cualquier momento”, que coincide con la potestad de “decisión unilateral de su empleador”, del inciso 2º. de la letra A de la cláusula quinta del Otrosí al Plan de Retiro del Acuerdo Privado de Socios. En cambio, la decisión unilateral adoptada por la Empresa no coincide en cuanto al órgano competente, porque mientras el Acuerdo Privado habla de una aprobación por “la mayoría de miembros del Comité Ejecutivo”,<sup>109</sup> el Presidente afirma “que no tenía que ir al Comité ejecutivo”<sup>110</sup>. Pero lo cierto, es que KPMG Ltda., por medio de su representante legal, a su solo juicio, hizo uso de la terminación unilateral convenida en la Cláusula 5a. del Acuerdo Privado.

**5.13 Aceptación de KPMG LTDA. sobre las reglas de gobierno corporativo.** Dicha aceptación está demostrada con la declaración de KPMG LTDA. que, como parte demandada, según manifiesta el Doctor Gustavo Avendaño, reconoce la existencia de un Senior Managing Partner, como Presidente de la compañía en Colombia; la de un comité ejecutivo<sup>111</sup> y la de distintos líderes en las diversas áreas que aparecen como vicepresidentes y la forma de ingreso de socios, tal como aparece en el Acuerdo Privado de socios, todo lo cual ha sido reconocido no solo por el representante de KPMG LTDA., sino también por los demandados Elvia Ma. Bolívar Puerta<sup>112</sup> - <sup>113</sup> y Jorge H. Ríos,<sup>114</sup>

---

<sup>109</sup> Otrosí al Acuerdo Privado (...) Cláusula Trigésima Cuarta (C.P. 1 Fols. 233 y ss)

<sup>110</sup> En la respuesta a la pregunta No. 4 de su interrogatorio, el señor Avendaño afirmó: “Es que no tenía que ir al comité ejecutivo, no tenía por qué ir al comité ejecutivo porque las decisiones de relaciones laborales de todos los trabajadores de la firma competen al presidente de la compañía”

<sup>111</sup> “SR. AVENDAÑO: El senior management partner, qué sucede, tenemos tres firmas independientes, cuando uno mira las tres firmas y cada una tiene la manera de explotar diferente negocio, nosotros tenemos que para propósito internacional obviamente todos tenemos una unidad de que las cosas salgan bien, de que estemos cumpliendo con estándares internacional, etc., es decir, que todos como socios estemos contribuyendo a que la marca se maneje muy bien en Colombia.

Ese Acuerdo, cuando se habla de esa parte lo que hace es decir, oye, necesitamos alguien que lo esté mirando que eso tenga ese foco y lo que se acordó ahí es que siempre el socio que maneje KPMG Ltda actuará como un senior management directo de las compañías (...) y a él lo acompaña lo que llamamos el comité ejecutivo, que el comité ejecutivo no es más si no los tres miembros, el presidente de cada uno de los negocios que se reúne con el senior partner y básicamente es para eso”. (C.P. 2 Fols. 393 y ss)

<sup>112</sup> (...) SRA. BOLÍVAR: El Acuerdo Privado es un acuerdo que suscribimos los socios de KPMG, como su nombre lo indica es un documento privado que establece algunas condiciones para participar en un plan de retiro, de socios, que tiene un

así como por los testigos Miriam Fonseca, Luz Mary Pardo, Luis Fernando Molano y Claudia Amparo Cañas.

En efecto, el mismo representante legal de la sociedad KPMG LTDA. concordante con el contenido del Acuerdo Privado de Socios, reconoce la existencia de la figura de “Senior Management”; la composición de “las compensaciones de un socio” con salario y aporte en industria, de acuerdo al desempeño; también admite la forma de distribución de utilidades y su proyección para el año siguiente, tal como lo dice aquel Acuerdo. Además, lo anterior coincide con los demás medios probatorios en cuanto a que KPMG Ltda. aplicaba integralmente el Acuerdo Privado de socios. Porque la declaración del representante legal de dicha Empresa coincide: En primer término, con la declaración de Jorge H. Ríos sobre la distribución de utilidades que determinaba el representante legal y aprobada por la Junta, tal como lo indica el Acuerdo Privado. En segundo término, con la declaración de Juan Pablo Murcia<sup>115</sup>, quien habla de una “compensación global” que le han designado, tal como igualmente establece el Acuerdo Privado de socios. En tercer lugar, la declaración del representante legal, señor Avendaño, también coincide con la declaración del demandante Eduardo Orjuela que confiesa la remuneración fija y “una parte variable”<sup>116</sup>. Y, finalmente, la declaración de la Empresa demandada,

---

*patrocinador que es KPMG, que hace unos aportes anuales y al que cada socio tiene derecho siempre y cuando cumpla unas condiciones establecidas en ese Acuerdo Privado. (C.P. 2, Fols. 386 y ss)*

<sup>113</sup> *Esa sería la respuesta, KPMG es el patrocinador porque es quien destina esas utilidades, los recursos que luego van al fondo de pensiones en este caso a Protección que es el administrador de ese fondo. (C.P.2, Fols. 386 y ss)*

<sup>114</sup> *“DR. VARGAS: **Pregunta No.11** ¿De acuerdo a las tres respuestas anteriores indíqueme al Tribunal si la distribución de utilidades que decide el representante legal se hace conforme a lo indicado en los estatutos o de acuerdo a lo establecido en el Acuerdo Privado de Socios?*

*SR. RÍOS: No recuerdo, creo que es de acuerdo, no estoy seguro pero creo que es de acuerdo al Acuerdo Privado”. (C.P.2, Fols. 405)*

<sup>115</sup> *SR. MURCIA: A nosotros nos daban una Compensación global y ahí iban las sumas que correspondían a cada socio de acuerdo a la compensación que le han designado en forma específica (...) SR. MURCIA: En la firma se constituyó un fondo de retiro para acceder a ese fondo de retiro se necesitaba cumplir una serie de requisitos, uno era, unos años de trabajo como socios, estar actuando en la sociedad como empleado, uno tenía que relación laboral y adicionalmente tenía otra relación. Yo entiendo que el señor Eduardo Orjuela no tenía cumplido los requisitos para acceder a ese fondo de retiro, si yo fui socio de la firma y no cumplí el número de años que se requería y yo me retiraba no accedía a ese fondo, el caso de él no cumplía los requisitos entiendo yo, razón por la cual se planteaba que en aras de alguna cosa se le podría entregar una suma, pensaba uno, eso ya después lo iban a mirar me imagino los abogados o no sé quién, esa suma teórica del fondo de retiro al cual no tenía derecho (C.P.2, Fols. 407 y ss)*

<sup>116</sup> *“SR. ORJUELA: (...) Entonces si yo me voy allá, yo le diría que parte de mi remuneración no ha sido pagada, la parte como socio industrial, la parte de la remuneración variable a la que yo tenía derecho, la compensación básica fue cancelada*

también armoniza con el carácter de compensación adicional por retiro de que habla la declarante Elvia María Bolívar P. quien incluso afirmó que esas compensaciones constituían un gasto para la firma.<sup>117</sup>

Es decir, todo este acervo probatorio, demuestra que KPMG LTDA. no solo aceptó, sino que se guio y se guía por las Reglas de Gobierno Corporativo acordadas por los socios, sino que, más aún, los órganos de la empresa ejercieron las atribuciones previstas en el Acuerdo Privado de Socios<sup>118</sup>.

- 5.14 **Aceptación integral sobre el Acuerdo Privado de Socios.** De todo el acervo probatorio mencionado puede concluirse que la sociedad demandada KPMG LTDA., al aceptar directrices de KPMG Internacional, diversas obligaciones a su cargo, distintas atribuciones con relación a los socios y acoger las formas y funcionamiento del gobierno corporativo y demás aspectos consagrados en el Acuerdo Privado de socios, igualmente aceptó todo el referido Acuerdo, porque no puede entenderse que KPMG Ltda. desarrolle todos los aspectos contenidos en el Acuerdo Privado de socios y no en los estatutos sociales, sin acoger el Acuerdo mismo, lo cual, a pesar de no haberlo suscrito, constituye una conducta concluyente de su aceptación, pues quien ejecuta un Acuerdo ajeno que le favorece y le perjudica, es porque previamente lo aceptó.

De allí que, al igual que la ratificación (Art. 822 C.Co.; Arts. 1506, 1754 C.C. y Ley 153 de 1887), hay aceptación tácita del Acuerdo Privado de socios cuando la sociedad KPMG LTDA. ejecutó integralmente todos y cada uno de los aspectos de aquel.

Por tanto, la sociedad KPMG LTDA. es un tercero aceptante de un Acuerdo Privado de sus socios, en lo favorable y en lo desfavorable.

---

*sobre una base de 710 millones de pesos que era lo que yo ganaba hasta el momento, hasta el mes de junio que yo laboré (...)* (C.P. 2, Fols. 410 y ss)

<sup>117</sup> "SRA. BOLÍVAR: (...) Sí, de hecho, seguramente cuando ustedes miren los temas con el área financiera ella podrá explicarles en mayor detalle pero de hecho es un gasto de la firma, o sea, eso nunca entra como una compensación que yo reciba como socia y luego yo transfiera al fondo no, sale directamente de la utilidad de la firma y va al fondo. (...)" (C.P. 2, Fols. 386 y ss)

<sup>118</sup> *Otrosí al Acuerdo del 27 de abril de 2011* (C.P. No. 1, Fols. 233 y ss)

- 5.15 **Efecto vinculante respecto de KPMG LTDA.** Luego, si esta sociedad aceptó el Acuerdo Privado, a pesar de no haberlo suscrito inicialmente, le resulta legalmente vinculante (Arts. 822 C.Co. y 1506 y 1507 C.C.), tal como arriba se expuso.

## **6. PRETENSIONES DE LA DEMANDA INICIAL.**

Por tanto, seguidamente entra el Tribunal al estudio de las pretensiones de la demanda inicial.

- 6.1 Pretensiones principales e interpretación.-** Tal como quedara arriba expuesto, es preciso destacar que no obstante su formulación completa se trata de una pretensión de responsabilidad contractual por incumplimiento del deber de respeto a la calidad de socio, ocurrida con su exclusión indebida, en vista de su falsa motivación, que, por lo tanto, a juicio del libelista, da lugar a la indemnización de perjuicios solicitada. Por consiguiente, previamente el Tribunal entra a analizar su aspecto probatorio, y luego su alcance.

- 6.1.1. Acervo probatorio.** Procede ahora el Tribunal a apreciar probatoriamente los elementos de esta pretensión

- 6.1.2. Violación de los acuerdos sociales.-** Para ello entra el Tribunal a verificar el alcance de los acuerdos y su respectiva ejecución por parte de la demandada.

- 6.1.3. Contrato y estatutos sociales.-** En primer lugar, el Tribunal encuentra: De una parte, que están acreditados el contrato y los estatutos en sus diversas escrituras públicas y compilados en la escritura pública No. 695 del 10 de abril de 2002 otorgada ante la Notaría 41 de Bogotá (fls. 43 y ss. Del C. de P No. 1) y el Acuerdo Privado de socios de KPMG del 29 de mayo de 2003 y sus Otrosíes del 03 de noviembre de 2004 y 27 de abril de 2011 (fls. 91 y ss. del C. de P. No. 1), así como la aceptación tácita de este Acuerdo Privado por la sociedad KPMG LTDA., tal como se dijo anteriormente. (Supra No. 3.3.)

- 6.1.4. Obligatoriedad.** En segundo lugar, este Tribunal también encuentra probado: De una parte, que dicho contrato, estatutos y Acuerdo

Privado, tienen como condición de su naturaleza “la obligatoriedad” de los correspondientes vínculos (Arts. 822 C. Co. y Arts. 1501 y 1602 C.C.) y en consecuencia, la necesidad de respetarlos por la integralidad de los sujetos que aparecen como contratantes, razón por la cual no puede uno de ellos excluir unilateralmente a otro de su calidad de contratante, en este caso, de socio, y de la otra, que también se encuentra demostrado que la sociedad KPMG LTDA., no solo surgió y está vinculada por el contrato y los estatutos sociales, que le otorgan la atribución convencional de poder excluir a los socios con el 75% de las cuotas sociales (cláusula 15ª. Lit. A de la escritura No.695 de 2002), sino que también la vincula el Acuerdo Privado de socios y sus Otrosíes (2003, 2004 y 2011), en virtud de la aceptación tácita arriba mencionada, principalmente frente a todos los socios, y, en especial, frente al demandante Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez. Por lo tanto, le era vinculante la atribución convencional limitada y condicionada de excluir a los socios en junio del 2012. Luego, de manera excepcional y sujeta a ciertos requisitos, la sociedad KPMG LTDA. tenía la atribución de exclusión de socios.

**6.1.5. Exclusión reglada.-** En tercer lugar, también encuentra demostrado el Tribunal que la referida atribución de exclusión no era una atribución discrecional, sino reglada convencionalmente. Lo primero obedece, de una parte, a que no está consagrada dicha discrecionalidad, pues tal atribución ha sido limitada a determinados casos, que más adelante se precisan (cláusula trigésima cuarta); y, de la otra, porque tampoco sería admisible convenir dicha discrecionalidad, ya que atentaría contra el principio de la obligatoriedad de los contratos (Arts. 822 C.Co. y 1602 C.C.), dejar en libertad a la sociedad para excluir, por su mero arbitrio, a los socios, lo cual no es el asunto sub-examine. Y lo segundo consiste en que dicho Acuerdo regula dos casos de exclusión convencional de socios capitalistas y no de socios industriales. El primero, es aquel en que “se excluirá de la sociedad al socio capitalista”, en aquellos casos en que los socios “no cumplan con el perfil”, dentro del cual está ciertamente “la ética” (cláusulas 34ª. y 23ª. num.3 del Otro sí de 2011); y el segundo, se configura cuando no se cumpla con las “obligaciones estatutarias”, que en materia grave afecten el funcionamiento de la sociedad. Desde luego, no todo incumplimiento puede fundar una exclusión directa, pues así no ha sido autorizada

por la ley, ni puede serlo por los convenios legítimos, tal como lo han sostenido la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera arriba citadas.<sup>119</sup>

No obstante, el hecho de que el Acuerdo Privado de socios no hubiese previsto la exclusión de socio industrial no indica, en manera alguna, que hubiese autorizado la exclusión discrecional de esta categoría de socios, porque dicha facultad no se acomodaría sino que vulneraría el principio de obligatoriedad del contrato social, que implica el respeto a esa condición. Sin embargo, esa omisión en el Acuerdo Privado de socios tampoco indica que el socio industrial no pueda ser excluido sino que, por el contrario, solo puede serlo, como arriba quedó expuesto, por el órgano, las causas y el procedimiento convencional o legal privado establecido para el efecto, ya que así lo exige la naturaleza y características de la exclusión como sanción civil: La especial particularidad de la exclusión de un socio industrial, que la distingue de la exclusión del socio capitalista, es la de que el socio industrial puede ser excluido cuando no haga su aporte en industria, ya sea que no quiera o que no pueda hacerlo, porque en este caso, si no puede hacerlo porque se le ha despedido, dicha exclusión, entonces, será consecuencial a la no prestación del servicio. Dicha exclusión será debida, cuando se base en un justo despido, adoptado y controvertido en el procedimiento correspondiente, mas será indebida, cuando quiera que se vulnere dicha regulación, tal como cuando haya despido injusto y no haya habido procedimiento voluntario o judicial que disponga la legalidad de la exclusión.

**6.1.6. Despido sin justa causa.-** En cuarto lugar, el Tribunal también encuentra demostrado que el demandante, Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez, fue despedido el 15 de junio de 2012 sin justa causa (fol. 117 del C. de P. No. 1) por parte del Presidente de KPMG

---

<sup>119</sup> Esta llamada "sanción de exclusión" denominada "derecho de auto defensa de la sociedad" (Narváez García José I. Teoría General de las Sociedades. Ob. cit. ps. 166 y s.s.) que "requiere un motivo legítimo para ella" (Of.220-018154 del 26/2004) según "los estatutos y la ley"... y que, por estar el socio en una relación de subordinación con el órgano con potestad para exclusión (la sociedad), está sujeto al objeto del derecho fundamental del debido proceso (arts. 23, 29 y 86 C.Pol. arts. 42 num.4 y 1º. Dec. 2591 de 1991). Además, también puede consultarse en el Laudo las citas a pie de página 20 y ss. sobre la doctrina extranjera

LTDA. Gustavo Avendaño Luque, lo cual, a pesar de aceptarlo la parte convocada en la contestación de la demanda, a los hechos 44 y 56, rechaza que en ese instante el Presidente hubiera excluido al convocante como socio industrial y como socio capitalista. Sin embargo, cuando la misma convocada reconoce que “el señor Orjuela Rodríguez perdió la calidad de socio industrial en el mismo momento en que se dio por terminado un contrato de trabajo” (respuesta en la letra b al hecho 45 de la demanda), está confesando que la exclusión de la calidad de socio fue consecuencial de la terminación injusta del contrato de trabajo. Por tanto, hubo una exclusión consecuencial de la calidad de socio industrial, que posteriormente fue complementada el 31 de marzo de 2014 con la exclusión de la calidad de socio capitalista.

**6.1.7. Procedimiento.-** En quinto lugar, también aparece acreditado que la exclusión no se ajusta a los procedimientos debidos, por lo menos el del debido proceso y el derecho de defensa, porque diversos declarantes manifiestan que el señor Gustavo Avendaño, como presidente tomó la decisión de despido del señor Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez, sin haberlo escuchado previamente, y que luego le informó al Comité Ejecutivo. Así lo reconoce el mismo Gustavo Avendaño, quien afirmó que era una decisión en la que no tenía que intervenir el Comité Ejecutivo; Jorge Humberto Ríos, quien declaró que el Comité Ejecutivo no tomó la decisión, ni el señor Orjuela fue escuchado<sup>120</sup>; y lo mismo manifiesta la declarante Claudia Amparo Cañas, sobre la información posterior al Comité Ejecutivo<sup>121</sup>. Precisa el Tribunal que si bien la competencia de tipo laboral corresponde al Presidente, también lo es que aquella que implique la extinción de la calidad de socio le corresponde al Comité Ejecutivo.

---

<sup>120</sup> SR. RÍOS: *Sí hacía parte del comité pero en ese comité no se tomó ninguna decisión respecto a la exclusión o no del doctor Orjuela.* DR. VARGAS: **Pregunta No.4.** *¿Recuerda usted que haya sesionado ese comité ejecutivo para oír y escuchar al señor Orjuela y plantear su defensa ante las indicaciones de las que fue objeto?* SR. RÍOS: *No señor, no se le llamó a ningún comité.*

<sup>121</sup> “(...) SRA. CAÑAS: *Él hizo la citación, nos indicó que la citación era para hablar sobre el caso de Eduardo Orjuela para comentarnos e informarnos por qué se había generado su despido, la razón del despido fue porque hubo una queja de acoso de una niña, él lo que nos comentó era que había recibido una comunicación, se había hecho un proceso de investigación y por eso se había tomado la decisión porque había habido una denuncia con respecto a eso, yo en este momento no le sé decir exactamente ya al 100% el detalle pero en esencia fue eso la causa del retiro de Eduardo (...)*”



Concuerdan con lo anterior las declaraciones de Jorge Humberto Ríos, quien señaló que “se presentó un comité ejecutivo en donde se nos informó que (...) se iba a tomar algunas decisiones”, donde “el comité ejecutivo determinó que el Doctor Avendaño, quien es el Presidente y tiene las atribuciones para hacerlo tomara las decisiones del caso”. En el mismo sentido se expresa el declarante Juan Pablo Murcia quien manifestó que “en un comité nos informó de la terminación del contrato de trabajo de él” (refiriéndose a Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez), pero que, agrega: “nunca estuve yo en algún comité que el doctor Eduardo hubiera asistido para dar explicaciones, no, no conocí”. Por su parte, la declarante Elvia María Bolívar Puerta confirma la no participación del Comité, al decir que el “demandante” solo fue “excluido como socio industrial en el año 2014 por solicitud de la Superintendencia de Sociedades”, agregando a continuación que el señor Avendaño “no indicó la razón”.

**6.1.8. Prueba del acoso sexual.-** En sexto lugar, el Tribunal tampoco encuentra prueba alguna que demuestre la existencia del supuesto “acoso sexual”, que según algunas afirmaciones, habría sido la causa del despido. En efecto, si bien es cierto que el representante legal de KPMG LTDA. manifestó haber recibido por lo menos cinco anónimos sobre acoso sexual ejercido por el señor Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez<sup>122</sup>, lo que a su turno, después del despido, sin haber escuchado a éste, lo informó al Comité Ejecutivo, según lo manifestó la declarante Claudia Amparo Cañas<sup>123</sup>, lo cierto es que, de una parte, a ninguno de los declarantes, ni siquiera al mismo señor Gustavo Avendaño, le consta directamente haber presenciado esos actos de acoso o, por lo menos, haber conocido que determinada persona en concreto hubiese sido la víctima, ni mucho menos que esa víctima se lo hubiese manifestado directamente, sino que el único

---

<sup>122</sup> “SR. AVENDAÑO: (...) hasta que llegó un momento en que ya la situación, las quejas eran dramáticas, terribles y como lo dice allí, al final recibí cinco anónimos y recibí quejas personales sobre su comportamiento, cosa que la firma, en ninguno, ni este, ni ese caso de lo que se acusaba allí en los anónimos y los anónimos no llegaron por, es que nosotros tenemos un sistema de buzón de sugerencias y la verdad que eso lo tomaron para dar toda clase de quejas del comportamiento de Eduardo. En vista de eso yo tomé la decisión de una terminación unilateral del contrato de trabajo pero no fue por eso, fue por todo el conjunto de cosas que acabo de decir (...)”

<sup>123</sup> SRA. CAÑAS: Él hizo la citación, nos indicó que la citación era para hablar sobre el caso de Eduardo Orjuela para comentarnos e informarnos por qué se había generado su despido, la razón del despido fue porque hubo una queja de acoso de una niña, él lo que nos comentó era que había recibido una comunicación, se había hecho un proceso de investigación y por eso se había tomado la decisión porque había habido una denuncia con respecto a eso, yo en este momento no le sé decir exactamente ya al 100% el detalle pero en esencia fue eso la causa del retiro de Eduardo.

conocimiento de ese eventual acoso, solamente surgió por la recepción de unos anónimos, que, además de no haberse hecho llegar su existencia a este proceso, carecen de acreditación documental por falta de la aportación correspondiente. (Arts. 253 y 269 C.P.C.).

Además, tampoco hay demostrabilidad en las declaraciones testimoniales, por falta de percepción directa y de determinación del hecho del acoso (en cuanto a la víctima y circunstancias), es decir, por no ser los testimonios “exactos y completos” (Art. 228, num.3 y 187 C.P.C.).

Por el contrario, los declarantes Alexia Echeverry, Luis Fernando Molano y Sarah A. Montoya manifiestan que si bien mantuvieron relaciones de tipo profesional con Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez, a raíz de sus servicios de auditoría en las Empresas de Fayner de Colombia, Pfizer y PDVSA, fuera de las discusiones profesionales que implicaban el ejercicio de sus funciones, sino que también pudieron establecer sus buenas relaciones personales, sin quejas formales.

**6.1.9. Prueba y procedimiento del acoso sexual o laboral.-** En séptimo lugar, tampoco encuentra el Tribunal que, en caso de tratarse de un acoso sexual, como delito (Art. 212 A del C. Penal en la ley 257 de 2008) o como acoso laboral, en el segundo evento, se hubiera adoptado el procedimiento establecido en el reglamento de trabajo para poder dar por terminado el contrato respectivo (Art. 9º. y 10 de la ley 1010 de 2006).

De allí que, no obstante aparecer acreditada esta exclusión consecencial de socio, este fenómeno, con independencia de la terminación laboral, debió sujetarse a las reglas mencionadas de la exclusión, sin que exista prueba de la intervención de la Junta, conformada por los socios de las distintas sociedades de KPMG en Colombia, ni de la adopción de procedimiento previo alguno, ni mucho menos de prueba del supuesto acoso sexual que aparentemente lo motivó. Por esta razón, es preciso concluir que hubo una exclusión violatoria de los acuerdos sociales y de la ley.

Luego, para el Tribunal Arbitral, tal como se dijo en su oportunidad, contrariamente a lo que dice en sus alegaciones la parte convocante, de acuerdo al ordenamiento jurídico, sí es posible el pacto de exclusión, pero con las limitaciones allí indicadas.

En cambio, le asiste razón a la misma convocante en cuanto que la exclusión sub-examine no cumplió los requerimientos legales del derecho privado y no de derecho laboral que le era aplicable. Por eso, no encuentra el Tribunal que tenga razón la parte convocada cuando en sus alegaciones da a entender que si el despido laboral puede hacerse sin justa causa, también será posible la exclusión como socio industrial. Lo anterior, porque como arriba quedó expuesto, una cosa es la relación laboral entre el empleado y la sociedad, que se regula por el derecho laboral, y otra, muy distinta, la relación de los socios con la sociedad, la cual se regula por el derecho mercantil, de lo cual puede desprenderse que si bien aquella normatividad autoriza el despido injusto sin procedimiento alguno, pero con las consecuencias indemnizatorias pertinentes, la segunda, por el contrario, no autoriza la exclusión indebida, sea ésta causal o procedimentalmente a lo cual se remite el Tribunal.

Por lo expuesto, acierta la parte convocante cuando expresa que se encuentra probada la "antijuridicidad" de la exclusión del señor Eduardo Orjuela y que, por tanto, resulta suficiente para el estudio de la pretensión de responsabilidad demandada por él, dicha exclusión. En cambio, por el contrario, resulta impertinente, como lo sugiere la convocante en sus alegaciones, el estudio de la ilegalidad del acto, por cuanto es un asunto que pertenece a la pretensión de nulidad, que, en el caso sub-examine, no ha sido demandada. Además, tampoco resulta necesario, como lo insinúa la parte convocante, el estudio de otros reproches y sus consecuencias probatorias, tales como la procedencia de la aplicación del art. 210 del C.P.C. sobre la eventual confesión ficta o presunta de la parte convocada, por la supuesta evasividad en sus respuestas; la carencia probatoria del acta No. 30 que posteriormente fuera aportada al proceso arbitral; y sobre las pruebas de abuso de la sociedad convocada en el acto de exclusión del señor Eduardo Orjuela, al haber adoptado esa decisión por la incomodidad que le representaba la presencia de éste último, al haber sugerido un conflicto de

intereses en el arrendamiento del edificio donde funciona KPMG LTDA. perteneciente a algunos socios, porque, se repite, la vulneración de los acuerdos sociales, establecida por el Tribunal, resulta suficiente para la demostración del primer elemento de la responsabilidad demandada, según lo manda el inciso 1º del Art.304 del C.P.C.

**6.1.10. Nexo causal.-** Así mismo, el Tribunal encuentra probado, de un lado, que el demandante tenía la doble calidad de socio industrial y de socio capitalista (actos de distribución de utilidades de uno y otro (folios 0076 y ss. del libro 2 del dictamen) y los consiguientes derechos de socio; y, del otro, que el señor Gustavo Avendaño, como representante legal de la sociedad KPMG LTDA. fue el autor del despido que acarreó su exclusión como socio industrial, por lo que hay un nexo causal entre la violación de los convenios y la de los derechos sociales derivados de éstos, tal como a continuación se expone.

**6.1.11. Daños contractuales.-** Seguidamente procede el Tribunal a establecer, de acuerdo con el acervo probatorio allegado, los daños ciertos y previsibles reparables, tanto los económicos, como daño emergente y lucro cesante, como los extrapatrimoniales.

a) **Daño emergente.-** Con relación al daño emergente, esto es, como “pérdida sufrida” por la exclusión ilegal de la calidad de socio, ella está circunscrita, en el caso sub-examine, únicamente a la pérdida de los derechos convencionales del contrato social (Art. 110 num.8 C.Co.) o del Acuerdo Privado de Socios vinculante para la sociedad (Art. 822 C.Co. y Arts. 1506 y 1507 C.C.), y, en subsidio, a la del derecho a las utilidades consagrado en la ley (Arts. 150 y ss.). De allí que la pérdida será la de derechos convencionales y, en subsidio, la pérdida legal de “las utilidades, reservas y valoraciones patrimoniales producidas durante el tiempo que estuvo asociado” (Art. 137 C.Co.) que, desde luego, no se le hubiesen cancelado, lo cual pasa a analizarse enseguida como daño emergente, cuando el demandante inicial solicita la restitución del monto de retiro, el pago de las utilidades causadas y la restitución del aporte social.

- b) **Daño emergente por el retiro causado por la exclusión.- (Compensación causada en caso de retiro)** En primer lugar, encuentra el Tribunal que ciertamente los socios habían convenido de manera especial una compensación de retiro con base en sus propias utilidades, a cuya restitución se tiene derecho, por estar retenidas en un fondo. (Art. 137 C.Co.).

Por consiguiente, hay que distinguir la causación de la compensación, de la correspondiente reclamación. Entonces, como quiera que dicha compensación no solo es privada, como antes se dijo, sino que, como el Acuerdo Privado lo recoge en las cláusulas segunda y tercera, se hace con base en un fondo que se compone de utilidades de los socios y el 1% como aporte de KPMG LTDA., no puede menos que entenderse que tengan una causación gradual acumulativa: De un lado, porque el socio industrial no requiere hacer aporte al Fondo con dineros propios, sacados de su patrimonio, tal como lo alega la parte convocada, ni esperar que se cumplan las condiciones, porque su contribución al Fondo se deriva de las utilidades que se obtengan, distribuyan y asignen a dicho Fondo. Y del otro, porque dicha compensación, como reflejo de la naturaleza utilitaria de la compensación, se genera cuando se causan las utilidades y son asignadas conforme al balance correspondiente, esto es, anualmente, como ocurre en Colombia (arts. 150, 154, 289 y ss. C.Co.), las cuales, desde luego, podrán irse acumulando para el socio hasta su correspondiente retiro.

En cambio, la oportunidad y monto de la correspondiente reclamación, pueden estar sometidos a la regulación convencional que se acuerde, o, en su defecto, a la legal. Lo primero ocurre cuando voluntariamente la sociedad o los socios, desean otorgar beneficios adicionales a la compensación por retiro (como el aporte de un porcentaje de utilidades por la sociedad), caso en el cual la forma como se administra ese fondo, el monto y las condiciones de la compensación del retiro, pueden estar consagradas en los acuerdos sociales, bien sea como retiro voluntario o no; pero lo segundo acontece no solo cuando no existe Acuerdo, o cuando existiéndolo, éste no regula la oportunidad y el monto, o solo la contempla en

algunos casos, como sucede en el sub-examine, donde la contempla para retiro voluntario, retiro obligatorio, muerte o incapacidad total, etc.; pero no contempla otros, como sucede, con el despido injusto. En estos eventos será la propia ley la que prescriba el momento y monto de la compensación conformada por utilidades. Eso es lo que ocurre con el derecho a las utilidades, causadas o reservadas del socio industrial que se retira por cualquier motivo, pues de conformidad con el art.137 del C.Co., el derecho del socio industrial a solicitar sus utilidades causadas, aquí en reserva, lo tiene al momento del retiro. De allí que cualquiera que fuese la circunstancia de la administración del Fondo o cualquiera que fuese el motivo del retiro posterior, sea voluntario o forzado, dichas circunstancias o motivos no eliminan la correspondiente generación del derecho a las utilidades causadas, no pagadas o reservadas, sea como quiera llamárseles, en este caso, compensación económica por retiro.

Pero como quiera que el Acuerdo Privado de Socios regula la distribución, administración y destinación de las utilidades, se hace necesario atenerse a él. Por tanto, si parte del derecho a la participación a las utilidades causadas fue convenida para destinarla a la conformación del “Fondo del Plan de Retiro” (cláusulas 1ª. y 2ª.) a fin de obtener derecho a una compensación económica plena o parcial, calculada sobre el 1.5 (uno punto cinco) del promedio aritmético de las sumas de utilidades de los últimos tres años del desempeño del cargo (cláusula 5ª.) que se pagará dentro de los cinco años siguientes (Ibídem-D).

Ahora, si bien dicho Acuerdo se refiere al plan de retiro voluntario, obligatorio y por causas ajenas (cláusula quinta lits. A) a, b y c) que dan origen a dicha compensación de retiro, también lo es que explícitamente contempla el caso en que “no dará lugar a la compensación económica” de retiro cuando el empleado (Vicepresidente, entre otros) haya sido despedido “por justa causa y por decisión unilateral de su empleador” (inciso final del literal A de la citada cláusula). Sin embargo, con esta última parte, el Acuerdo, contrario sensu, implícitamente

no solo reconoce, que no se pierde “la compensación económica de retiro” en caso de despido injusto, sino que también se reconoce que dicha compensación de retiro también se conserva, ya que no ha sido por causa del empleado sino del empleador, que aquel no ha podido llegar a cumplir los requisitos previstos para la compensación convencional. Por consiguiente, basta en este caso que el empleado haya sido retirado injustamente para que tenga el derecho a dicha compensación de retiro. Sin embargo, como quiera que el referido convenio no precisa, para este caso de despido injusto, el monto y oportunidad en que debe darse, resulta pertinente acudir a la fuente y exigibilidad de la misma, porque si la fuente en la que se sustenta dicha compensación es un fondo que se alimenta de contribuciones de los socios y aportes de KPMG (consideraciones 5 y 6 y cláusulas segunda a cuarta), que, de acuerdo con la antigüedad y prestación de servicio, explica una compensación plena o parcial, en este caso, que no exige estos requisitos, la compensación debe ser menor y, desde luego, de acuerdo a lo aportado.

De allí que si los aportes al fondo de retiro aparecen discriminados, como efectivamente lo están, no puede menos que concluirse, que dicho aporte se conserva, aún en el despido injusto, que, en el caso sub-lite, es la suma asignada al demandante en el fondo de retiro, esto es, \$687.800.260, tal como aparece en el cuadro 017 del libro 1<sup>124</sup>. Ahora, como quiera que dicho Acuerdo tampoco prevé la oportunidad de conservación y pago de dicha compensación por exclusión causada por despido injusto, será necesario concluir que, siendo ésta la causa de la interrupción y terminación de la relación de socio industrial, desde este momento el demandante podía solicitar su restitución, pero que tan solo lo hizo judicialmente con la notificación del auto admisorio de la demanda (Art. 90 C.P.C.), momento a partir del cual la sociedad demandada quedó en mora (Art. 822 C.Co. y Art. 1608 num.3 C.C.).

---

<sup>124</sup> *Dictamen Pericial, C.P. No. 7.*

Por tanto, se accederá a la petición de restitución de dicho monto de retiro; así como a la indexación parcial de esa suma<sup>125</sup> desde la fecha de retiro, hasta la notificación del auto admisorio de la demanda. No se accederá, por lo anteriormente expuesto, a la compensación del plan de retiro obligatorio hasta que cumpliera la edad de retiro forzoso de 63 años (petición 12.3 y 12.3.2.).

Por todas estas razones, este Tribunal solamente acoge el dictamen pericial en la suma del Fondo de Retiro que tenía el demandante en el año 2012 (cuadro 017 del libro 1 del dictamen) y no la suma proyectada que aparece en el cuaderno pericial de demandante. De allí que el Tribunal acoja la estimación pericial de aquellos daños que ascienden a la suma de \$687.800.260, que según el dictamen, es el fondo de retiro que para el 2012 tenía a su favor el demandante (cuadro 017 del libro 1 del dictamen), que fue lo solicitado (petición 11)<sup>126</sup>.

- c) **Daño emergente en utilidades dejadas de percibir antes de la exclusión. (Utilidades Causadas)**- En segundo lugar, también encuentra probada el Tribunal la existencia de utilidades convencionales a favor del socio industrial Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez para el año 2012, unas causadas antes del despido, el 15 de junio de ese año, (daño emergente) y otras que debieron causarse después de esa fecha (lucro cesante) sobre las que se tenía derecho a percibir (Art. 137 C.Co.). Sin embargo, dada su particularidad, la determinación de dichas utilidades será analizada con más detalles al hablar del lucro cesante.
- d) **Daño emergente en el aporte (Aporte de Capital).** No hay. En tercero y último lugar, este Tribunal también encuentra que, como en este caso la exclusión ilegal del socio industrial no afecta el derecho de aporte al capital efectuado, no puede

---

<sup>125</sup> El Juez no puede proceder ex officio sino en los casos excepcionales previstos en la ley. Por tanto, salvo esas excepciones la corrección monetaria o indexación debe estar "*contenida en la demanda o propuesta dentro de la oportunidad que tiene el demandado para replicarla*" (Casac. del 12 de agosto de 1988).

<sup>126</sup> Dictamen Pericial, C.P. No. 7.



hablarse de daño por tal motivo, porque si, como se dijo, el aporte se mantiene y en caso de pérdida de la calidad, no da lugar a la restitución del aporte sino a la restitución del valor de las cuotas sociales aquí no solicitada, se concluye que la exclusión, por sí misma, no da lugar a la restitución del aporte, si la sociedad continúa vigente, sin perjuicio del derecho al valor de las cuotas, pues como dice el dictamen pericial, los \$400.000.000 se destinaron a la adquisición de las cuotas sociales a favor de Eduardo Alejandro Orjuela en la sociedad KPMG. LTDA., en diferentes cuotas, tal como lo relaciona la respuesta 2.f del dictamen solicitado por la parte convocante<sup>127</sup> y en respuesta a la pregunta 1.5. de las aclaraciones. Por tanto, dicha suma hace parte de las referidas cuotas sociales, como parte del patrimonio de KPMG LTDA., cuyo valor fue demandado en el presente proceso, pero que durante el mismo, también fue pagado, como se indicará más adelante.<sup>128</sup>

Por tanto, en este punto no está llamada a prosperar la demanda inicial, sin perjuicio de lo que más adelante se disponga sobre la demanda de reconvención.

- e) **Lucro cesante.** Con relación al lucro cesante, (Supra 3.21.) esto es, a “las ganancias o provechos” frustrados, también es preciso distinguir si ellos corresponden a ganancias o provechos frustrados contemplados en acuerdos sociales o no, y, en este último caso, es preciso determinar aquellas ganancias o utilidades frustradas reguladas por la ley.

Primeramente debe dejarse sentado que si bien la escritura pública 3297 de 2011 y la posterior 3694 de 2012 señalan la pérdida del derecho a recibir utilidades, ello solamente es aplicable en caso de retiro voluntario y hacia el futuro, tal como

---

<sup>127</sup> En efecto, como lo señala el perito, la suma de \$400.000.000 está comprendida dentro de valor de la liquidación de las cuotas sociales, discriminada de la siguiente manera: \$190.065.783 que fueron destinados para adquisición de 70.500 acciones; \$35.624.864 que figuran en la cuenta de revalorización del patrimonio; \$170.468.053 que se encuentran en el patrimonio en la cuenta reserva para readquisición de acciones y \$3.841.303 que también se encuentran dentro de las cuentas del patrimonio.

<sup>128</sup> Dictamen Pericial, CP No. 7, cuestionario de la convocante, segunda parte.

se desprende del Art. 137 C.Co., pero no cuando se hace referencia a un retiro por exclusión ilegal, porque aquí se trataría de una indemnización legal por lucro cesante.

De allí que si se trata de las utilidades dejadas de percibir por la exclusión de un socio industrial y ellas han sido convenidas, es preciso entender que tales utilidades no son otras que las utilidades pasadas y las futuras, siempre que sean previsibles con el grado de certeza jurídica del caso.

- f) **Lucro cesante pasado sobre el monto del retiro.-** Son aquellas utilidades de naturaleza civil de una suma de dinero representada en intereses legales solicitados (Peticiones Principales 12.3.2), que en forma previsible y cierta se han dejado de percibir entre el momento de la mora (Art. 90 C.P.C.), esto es, desde enero de 2014 hasta el 3 de noviembre de 2015, que de acuerdo con el Art. 1608 C.C. asciende a \$345.073.666, calculada sobre el monto del retiro, como se precisará más adelante.
- g) **Lucro cesante pasado y futuro del socio industrial excluido.-** Como quiera que el Art. 137 del C.Co. señala que en caso de retiro del socio industrial, éste tiene derecho “a las utilidades, reservas y valorizaciones dejadas de percibir mientras estuvo asociado”, de ello se desprende entonces, que, en caso de retiro o exclusión indebida, su derecho lo será durante el término en que debió serlo (Arts. 822 C.Co y 1614 C.C.). De allí que para poder determinar el lucro cesante pasado y futuro del socio industrial se hace indispensable establecer previamente el tipo de lucro dejado de percibir y el tiempo durante el cual se presenta la frustración:
  - **Beneficios legales que el socio industrial excluido puede dejar de percibir.** Si bien es cierto que “las utilidades” de un socio industrial son las “acordadas”, lo cierto es que tratándose de un socio cuyo aporte es la prestación de un servicio, laboral o independiente, que contribuye a la producción de ganancias o utilidades para la sociedad, se hace absolutamente necesario distinguir en su compensación

económica, la compensación del servicio, de la retribución de las utilidades.

Lo anterior, porque la primera es la contraprestación al servicio, que bien puede ser según el caso, salario u honorarios, que no es propiamente "utilidad social". Además, ello tiene importancia, por cuanto dicha contraprestación no solo se causa con la prestación del servicio, sino que mantiene, en este caso, su naturaleza laboral dentro de la ejecución e inejecución del contrato, con su consiguiente responsabilidad laboral y por tanto, para el trabajador son derechos o créditos laborales, y para la empresa, son costos laborales, tal como se desprende del lit. a Num.3 del Art. 446 del C.Co., en armonía con el Art. 96 Dec. 2649 de 1993. En cambio, las "utilidades propiamente" dichas son los "excedentes de cada ejercicio después de haber deducido pasivos, reservas y pérdidas de ejercicio anterior" (Arts. 149 y ss. C.Co. y Art. 74 del Dec. 2649 de 1993).

En segundo lugar, el socio retirado también puede dejar de percibir la porción de la reserva que le corresponda, particularmente la que forma parte de fondos patrimoniales, la cual debe restituirse, porque aquella se forma con parte de las utilidades estipuladas para el socio industrial, ya que dichas reservas son "recursos retenidos" por la empresa que "son tomados de sus utilidades o excedentes, con el fin de satisfacer requerimientos legales, estatutarios u ocasionales" (Art. 87 del Dec. 2649 de 1993).

En tercer lugar, el socio industrial también podrá verse afectado por la exclusión al no poder percibir "las valorizaciones patrimoniales" que se produzcan en aquellos derechos que le correspondan, esto es, a las utilidades y a las reservas y si fuere el caso, de su aporte estimado en un valor determinado (Art. 138 C.Co.).

- **Beneficios convencionales que el socio industrial puede dejar de percibir.-** No obstante, como quiera que los acuerdos sociales establecen beneficios sociales para el socio

industrial en una forma diferente a la legislación colombiana, se hace necesario ajustarlos a ella, debido a su carácter imperativo. En efecto: Primeramente, es preciso señalar que la reforma estatutaria efectuada mediante escritura pública No.695 del 2002, otorgada ante la Notaría 41 de Bogotá (en su cláusula 21ª) señala que la distribución de utilidades debe hacerse en el 1% para los socios de capital y el saldo (99%) para los socios industriales (dictamen Libro 1-003)<sup>129</sup> y a su turno el Acuerdo Privado (adicionado en nov 3 de 2004 y en abril 27 de 2011), de una parte, crea un fondo de retiro con reserva y aporte de utilidades (cláusula primera y siguientes del Acuerdo inicial); y de la otra, acoge la metodología de KPMG en distribución de utilidades (cláusula primera del Acuerdo inicial) y señala “la retribución económica de los socios” con base en los factores de antigüedad, responsabilidad y desempeño (cláusulas 13ª y 27ª), la cual debe “hacerse con base en la distribución de utilidades” (cláusula 27ª 1º. Inciso) y debe contemplar dos clases de compensación, una básica y otra variable, con el fin de “ligar las decisiones de compensación, con el desempeño de la práctica del socio a nivel individual”. Sin embargo, como el Acuerdo Privado de socios solo habla de “compensación económica de socios” y la clasifica en básica y variable, sin determinar la naturaleza de ellas, pero en cambio, si señala que se determinan con base “en la distribución de utilidades”, por lo cual se hace indispensable interpretar la cláusula 27ª, conforme lo dispone la cláusula 7ª. en el punto 7.4., esto es, el contenido del Acuerdo, los estatutos sociales, las políticas de KPMG. y las disposiciones legales locales, comenzando por la compensación básica, y luego, por la compensación variable.

- **Naturaleza jurídica de la compensación básica convenida.-** Dice la cláusula citada que “para la compensación básica, el pago se hace en forma anticipada a través de dos medios, una cuota mensual en efectivo y un salario mensual integral por un monto que garantice el aporte

---

<sup>129</sup> Dictamen Pericial, C.P. No. 7.

máximo a la pensión obligatoria. Los pagos adicionales mensuales que reciban los socios como anticipos incluyen cuotas de clubes, seguros, abonos a deudas individuales a pagos a terceros, etc.” (Párrafo 5).

Ahora bien, cuando el citado párrafo habla de “salario” y de “cuota mensual”, de pagos adicionales mensuales, se está refiriendo, sin lugar a dudas, a una contraprestación jurídica por cada mes, en forma permanente, por el trabajo o servicio que preste dentro y fuera de la empresa, lo cual constituye una contraprestación laboral, a pesar de que solo una parte se califique como “salario” (como lo dice la citada cláusula y las relaciones de los fls. 182 y 55 del libro 2 del dictamen) y la otra no. Ello se debe a que una (salario) y otra (cuota mensual en efectivo) constituyen una contraprestación de tipo laboral que en forma jurídica (mensualmente) y permanente (durante todo el desempeño laboral) remunera el trabajo del socio de industria y por tanto, mantiene su naturaleza laboral durante la ejecución del contrato de trabajo, así como también serán laborales las consecuencias que surjan como efecto de la terminación injusta, como serían las responsabilidades e indemnizaciones a que hubiere lugar, la que, por tanto, no es materia de este proceso arbitral.

Ahora, en el evento en que en el caso sub-examine, se reclame el lucro cesante civil por haber dejado de percibir esa compensación básica, también resultaría impertinente conforme a los parámetros del Art. 137 C.Co., que no incluyen la posibilidad de reclamación civil de contraprestaciones laborales sino, exclusivamente, las prestaciones civiles de utilidades, reservas y valorizaciones y en su caso, las indemnizaciones civiles correspondientes. De allí que si la compensación básica no tiene naturaleza civil sino laboral, ni pertenece a ninguna de las categorías mencionadas, no puede hablarse de lucro cesante civil o social por dejarse de percibir dicha compensación básica.

- **Naturaleza jurídica social de la compensación variable convenida.-** Por su parte, la precitada cláusula 27ª expresa

que “la compensación variable está ligada a conseguir los objetivos de la firma y de la práctica basada en el desempeño personal. Las decisiones de compensación deben ser aprobadas por KPMG American Board” (párrafo 4º.).

Ahora, como quiera que esta compensación está ligada a “conseguir los objetivos de la firma” (párrafo 4º.), esto es, a las “metas” de la misma (párrafo 3º.) no puede menos que concluirse que es una compensación que solo se otorga por la calidad de “socio” y no de trabajador que tiene el servicio industrial, porque en este caso, no es al mero trabajador al que le incumbe asumir la tarea de que la empresa produzca utilidades, sino prestar un servicio. En cambio, es al socio a quien le incumbe la tarea de que produzca utilidades. Porque para tal efecto solamente al socio le corresponde procurar obtener las metas pues éstas también están ligadas al “desempeño de la práctica y del socio a nivel individual” (párrafo 4º.). Por tanto, al socio le corresponde la obligación de “dedicar más actividades y esfuerzos a la sociedad con la finalidad de alcanzar un óptimo nivel de rendimiento para ella (la sociedad) y para el logro de su objeto” (cláusula 24). Y precisamente porque corresponde al socio la condición especial de tener y ejercer su liderazgo, competencia y resultado (cláusula 23).

De allí que esta compensación: De una parte, tenga, en verdad, una naturaleza social y, por lo tanto, sea mercantil, la cual mantiene su naturaleza no solo durante la relación de socio-sociedad, sino también durante la época que debe existir de no haberse efectuado una exclusión ilegal e injusta y, de la otra, que se trate de una verdadera “compensación al desempeño; esto es, al esfuerzo individual” como socio para lograr que la sociedad produzca utilidades.

Por tanto, la compensación variable es una retribución auténtica a las utilidades. De esta manera, en caso de exclusión ilegal de la calidad de socio, “las utilidades” que se dejan de percibir por el socio excluido en la época pasada y en la futura, están representadas en la compensación variable,

pero solo, como se verá enseguida, a la del año de la exclusión y no a los años posteriores a este último.

- **Duración del lucro cesante por daño en la compensación variable convenida.** Como en su oportunidad quedó expuesto el derecho a las utilidades de un socio indebidamente excluido, no es aquella utilidad abstracta que en virtud del contrato social puede darse durante la vida de la sociedad, la muerte, retiro forzoso o voluntario del socio industrial o durante los períodos de los cargos directivos, sino únicamente la “utilidad concreta” que se deja de percibir solamente en el año de la exclusión, en el 2012 y no en los años posteriores. Como quiera que, según quedó expuesto en los párrafos precedentes, solamente la compensación variable tiene el carácter de “utilidades” por desempeño, no puede menos que concluirse que solo podrá accederse a esta petición, pues, una parte, hasta el despido (15 de junio de 2012) estaba causada parcialmente pero no percibida; y otra parte (en el período anual restante), solo estaba en proceso de causación y, desde luego, aún ellas no estaban percibidas.

Por tanto se concluye que ambas cantidades, por causarse plenamente solo hasta el final del año 2012, no pudieron percibirse por la exclusión, que le fuera hecha el 15 de junio de 2012. De esta manera, dichas utilidades frustradas, tienen el carácter de lucro cesante.

Más aún, el mismo demandante expresó que “parte de mi remuneración no ha sido pagada, la parte como socio industrial, la parte de la remuneración variable a la que yo tenía derecho (...) de julio a diciembre no se recibió nada; pero tampoco se me pagó la parte correspondiente al 1º de octubre (...)”<sup>130</sup>.

---

<sup>130</sup> “(...) SR. ORJUELA: Entonces si yo me voy allá, yo le diría que parte de mi remuneración no ha sido pagada, la parte como socio industrial, la parte de la remuneración variable a la que yo tenía derecho, la compensación básica fue cancelada sobre una base de 710 millones de pesos que era lo que yo ganaba hasta el momento, hasta el mes de junio que yo laboré. De julio a diciembre no se recibió nada pero tampoco se me pagó la parte correspondiente al 1 de octubre y hablo 1 de octubre porque ustedes hablan leído que el período contable y de reporte a KPMG Internacional difiere del período contable colombiano que es 1 de enero a diciembre 31, aquí es de 1 de octubre a 30 de septiembre de cada año; y la consolidación

Luego, desaciertan la parte convocante y su defensa en la alegación, cuando reclaman lucro cesante hasta el año 2021, basados en que, a su juicio, hubo cercenamiento de las posibilidades razonables de obtener las compensaciones hasta esa fecha. Ello obedece a que, como arriba se dijo, solo hubo y hay certeza jurídica únicamente respecto de la compensación dejada de percibir en el año 2012.

- **Monto del lucro cesante pasado, por compensación variable que se deja de percibir.-** Por esta razón, el lucro cesante por utilidades dejadas de percibir por el socio indebidamente excluido, representada en la compensación variable dejada de percibir en el año 2012, no es la cantidad de \$147.155.343 que señala la sociedad KPMG LTDA. (a folio 105 del libro 2 del dictamen), sencillamente porque fue una propuesta de esta sociedad para el convocante cuando ya había sido excluido el 15 de junio de ese año de 2012. Pero, como quiera que por su desempeño en ese año había adquirido el derecho a percibir utilidades del mismo, al final del año, habiéndosele impedido obtenerlos, se explica, entonces, que el lucro cesante a que tiene derecho es a la utilidad de la compensación variable proyectada para todo el año 2012, que según el dictamen asciende a la suma de \$264.354.304, tal como lo recoge dicha experticia (cuaderno del dictamen relativo al cuestionario de la parte convocante)<sup>131</sup>, en tanto que no se accede a las compensaciones variables por los años posteriores, por lo expuesto en su oportunidad.

Sin embargo, como quiera que el dictamen señala que al señor Eduardo Orjuela le fue cancelada la suma de \$147.155.385 como socio industrial (Dict. KPMG, pag.1 y libro 2 folio 105), pero de esa cantidad no hay suma alguna pagada por compensación variable (libro 2, folios 0010 y 0181), el

---

*de estados financieros y la combinación de los estados financieros de las tres firmas es por ese período 1 de octubre a 30 de septiembre. Esa parte no me ha sido cancelada para complementar mi respuesta a su pregunta. (C.P. No. 2, Fol. 410 y ss)*

<sup>131</sup> Dictamen Pericial, C.P. No. 7



Tribunal concluye que no hay nada que deducir de aquella suma y por tanto, se debe cancelar la cantidad de \$264.354.304 como compensación variable.

- **Petición acogida por compensación variable que se deja de percibir.-** Previamente precisa el Tribunal que si bien el demandante solicita, a título de lucro cesante, la compensación variable hasta el año 2021, partiendo de una cantidad de \$200.000.000, ajustándola anualmente en un 6% hasta el mismo año, también lo es que esa compensación o ese ajuste, esto es, incremento o rendimiento pueda corresponder, como lo dice entre paréntesis, a “la cifra probada en el proceso”. Ello indica, entonces, que fue un cálculo estimativo (como lo expresa el hecho 57 de la demanda) y no una limitación de la pretensión demandada.

Por tanto, en lo que toca con la compensación variable causada antes del retiro, esto es, entre el 1º. de enero y el 15 de junio de 2012 (daño emergente) y la que se deja de percibir entre el 16 de junio y el 31 de diciembre de 2012 (lucro cesante pasado), el Tribunal acoge el monto de \$264.354.304. En tanto que no prospera en lo que toca con los años posteriores por lo expuesto en los apartes precedentes.

Ahora, en cuanto a la petición referente “al ajuste del 6% hasta el año 2021” el Tribunal encuentra que es desacertada, porque, además de no indicar si se trata de un rendimiento de capital o de interés civil moratorio, no se encuentra consagrado en el convenio ni en la ley, particularmente cuando la obligación por compensación variable es una obligación mercantil de una forma especial de distribución de utilidades que no tiene este tipo de ajustes. Por tanto, no se accederá a esta petición.

- **Petición subsidiaria de reparación por pérdida de oportunidad.** Como quiera que la anterior petición solamente fue próspera parcialmente en lo relacionado con “las compensaciones variables dejadas de percibir”, (se subraya

esto último), en cuanto solamente resultó procedente como lucro cesante dejado de percibir para el año 2012 y no para los años posteriores; corresponde, entonces, a este Tribunal proceder al estudio de aquellas peticiones subsidiarias de este punto, esto es, a las peticiones subsidiarias relativas al resarcimiento del daño referido a utilidades para años posteriores. Por tanto:

En primer lugar, con relación a tales peticiones encuentra el Tribunal que, bajo la denominación II. 6 Quintas subsidiarias, la parte demandante solicita condena de la demandada “por los perjuicios de toda índole derivados de la pérdida de la probabilidad de haber continuado percibiendo la compensación económica que percibía al momento de ser excluido de la sociedad y hasta el año 2021, fecha de retiro forzado”, (lo subrayado es del Tribunal) tomando como bases las compensaciones, la básica de \$710.000.000 y la variable de \$200.000.000.

Luego, primeramente precisa el Tribunal que esta pretensión últimamente transcrita resulta diferente de la pretensión anteriormente analizada, porque mientras esta última se refiere a la reclamación de una indemnización por lucro cesante fundado en “las compensaciones básicas y variable dejadas de percibir”, subraya el Tribunal, la que ahora se examina es la que se refiere a “la pérdida de probabilidad de haber continuado percibiendo la compensación económica” básica y variable mencionadas.

En otros términos, mientras la petición anteriormente analizada se refiere a “lo dejado de percibir por compensación”, en la cual el demandante tiene éxito limitado hasta el año 2012, esto es, en “lo dejado de percibir como compensación variable en el año 2012”; en la pretensión sub examine, no se reclama lo dejado de percibir por compensaciones económicas, sino, por el contrario, solo se reclama la indemnización por “la pérdida de probabilidad de haber continuado percibiendo la compensación económica (...)”. (Lo subrayado es del Tribunal), lo que indica que el daño

alegado es “la pérdida de probabilidad” y la base aducida como referencia para la determinación del monto es la compensación económica. Por tanto, lo que aquí se reclama es el resarcimiento de “la pérdida de la probabilidad”, lo que no es otra cosa distinta que la reclamación de la “pérdida de la oportunidad probable de obtener provechos económicos” de haber continuado percibiendo la compensación económica que venía percibiendo como socio.

En segundo lugar, siendo así las cosas, entra el Tribunal al estudio del acervo probatorio de todos y cada uno de los requisitos señalados en su oportunidad (supra No. 3.26.5) en la petición de resarcimiento del daño consistente en la pérdida de oportunidad del socio indebidamente excluido.

En cuanto al primer requisito de la tenencia de una oportunidad, el Tribunal advierte que ella se encuentra acreditada, en cuanto el señor Eduardo Alejandro Orjuela, como socio de KPMG LTDA., no solo tenía un interés sino también una posibilidad de obtener provecho de dicha sociedad, por lo siguiente: Porque al ser socio de la sociedad, tenía el interés legítimo de obtener beneficios directos o indirectos de ella, el cual no era un simple deseo, una mera aspiración, o un mero interés abstracto o simplemente un sueño, sino que, por el contrario, era un interés real, que tomando como base las compensaciones recibidas como socio, sustentaban suficiente y razonablemente la existencia de un interés posterior de obtener otros beneficios sociales similares, interés que subsistió posteriormente sin que, en ese momento, hubiese fenecido por la exclusión indebida, pues no había ni hubo prueba alguna de que hubiese intentado desvincularse de la sociedad en ese instante.

Además, el acervo probatorio arriba relacionado también demuestra que, siendo el señor Eduardo Alejandro Orjuela vicepresidente de KPMG LTDA. con antigüedad de más de ocho años, su interés constituía una oportunidad verídica, seria y actual de obtener beneficios de utilidad de dicha sociedad, no como contraprestación laboral (como lo era la

compensación básica) sino como provecho social (como, en cambio, sí lo había sido la compensación variable).

Así mismo, dicha oportunidad de obtención de beneficios sociales consistente en la obtención de ganancias en la sociedad KPMG LTDA., tenía una alta probabilidad de ocurrencia. Lo primero encuentra sustento en que si bien es cierto que por la exclusión indebida del señor Eduardo Alejandro Orjuela solo le “dejó de percibir” utilidades para el año 2012, no es menos cierto que el acervo probatorio da cuenta que también le impidió o le “privó” de la oportunidad de obtener posteriormente beneficios sociales”, porque dicho acervo revela fehacientemente que el señor Eduardo Alejandro Orjuela tenía para el año 2013 una expectativa cierta de obtención de dichos beneficios. Tales beneficios no solo eran bastante probables en ese momento, sino que para entonces tenían alto grado de ocurrencia, como más adelante fue corroborado. Las pruebas allegadas posteriormente sobre la integración de los socios y el desarrollo de la misma sociedad KPMG LTDA. demuestran la gran probabilidad de que el señor Eduardo Alejandro Orjuela hubiese continuado, no solo con ese interés, sino también con la posibilidad de obtención de dichos beneficios, porque, si como arriba quedó demostrado, la sociedad KPMG LTDA. ha continuado hasta la fecha de este Laudo, con su vigencia, con el acuerdo privado de socios, con la estabilidad ordinaria de los socios y con la ausencia de otros casos de exclusión, el Tribunal no puede menos que inferir que, por lo menos a la fecha del presente laudo, las cosas hubiesen continuado como venían ocurriendo. Y con base en ello y en las declaraciones de todos los testigos, que coincidieron en el antecedente del desempeño significativo que tenía el señor Eduardo Alejandro Orjuela, el Tribunal no puede sino reconocer que existía al momento de exclusión indebida y que existió durante el proceso arbitral, una oportunidad muy probable de obtener los beneficios de KPMG Ltda. desde el año 2013 en adelante por parte de Eduardo Alejandro Orjuela.

Sin embargo, el acervo probatorio solamente revela una demostración parcial de dichos beneficios, en cuanto a su naturaleza y extensión. Lo primero obedece a que quedan excluidos del presente proceso, como daño a la “oportunidad de probabilidad”, aquellos beneficios de tipo laboral que, por esta naturaleza no pudieron adquirirse posteriormente, pues aquella afectación solamente se refiere a una pérdida civil o social. Por tanto, dicha pérdida de oportunidad no comprende la pérdida de la probabilidad de obtener posteriormente la llamada “compensación básica”, debido al carácter laboral de esta última, tal como arriba quedara expuesto. Y lo segundo, a que también quedan excluidas las ganancias o provechos sociales que se impidiera obtener más allá de la fecha del presente Laudo, porque realmente no hay certeza jurídica, de que el señor Eduardo Orjuela tuviera la oportunidad de obtener beneficios solicitados por el demandante por lo menos más allá del laudo y menos hasta el año 2021. Ello se debe, de un lado, al carácter abstracto y eventual de la continuación de la vigencia de la sociedad KPMG LTDA., del acuerdo privado de socios y de la existencia y permanencia del demandante hasta ese año; y, del otro, al carácter concreto del interés del beneficio, limitado hasta la expedición de este fallo, porque esto último se desprende de dos actos del demandante: El primero ocurre cuando, al no demandar la nulidad del acto de exclusión legal, desechó la oportunidad de restablecer la calidad de socio que le permitía recuperar la permanencia como socio hasta el 2021; y el segundo, cuando, de otra parte, fue el mismo demandante quien solicitó y obtuvo valoración por parte de la Superintendencia de Sociedades, con el consiguiente pago de sus cuotas sociales en septiembre de 2015. Luego, la acreditación indubitable de estos dos comportamientos, uno omisivo y otro activo, demuestran, por sí solos, que no hubo interés real y, en consecuencia una oportunidad real de obtener beneficios más allá de la fecha de la presente decisión.

En tanto que, por el contrario, para el Tribunal sí existe absoluta certeza jurídica de que el señor Eduardo Alejandro Orjuela tenía una oportunidad probable de obtención de

beneficios sociales hasta dicha fecha de septiembre de 2015, en la que recibiera el valor de las cuotas reclamadas. Pero, en ningún caso podía persistir un interés real más allá del presente laudo, porque con su expedición como se verá más adelante, la exclusión indebida hecha voluntariamente por KPMG LTDA. fenece o se extingue con el “decreto” de la exclusión judicial que aquí se hace. Puesto que por su carácter eventual y controvertible, la decisión definitiva con carácter de cosa juzgada sobre la controvertida exclusión de Eduardo Alejandro Orjuela, como socio capitalista, la hace este Tribunal con el proferimiento de este Laudo y con él también pone fin a todo interés legítimo posterior de obtención de beneficios sociales. Por ello, resultaría absurdo reconocer beneficios sociales más allá de la fecha en que el mismo laudo hace el reconocimiento judicial, conforme a derecho, de la exclusión de socio de capital, tal como aquí se decide al resolver la demanda de reconvención.

Ahora, en cuanto al segundo requisito relativo al carácter ilícito de la pérdida de esta oportunidad, también se encuentra acreditado con el hecho antijurídico intencional de la exclusión indebida, arriba establecido (supra No.6.1.5.), el cual hace cesar ilícitamente la mencionada oportunidad lícita de obtención de provecho social probable (Art. 822 C.Co. y 1616 C.C.).

Finalmente, en cuanto al tercer requisito relativo a la determinación o determinabilidad razonable al “daño mismo”, esto es, a la pérdida de la oportunidad, el Tribunal, si bien encuentra razonable pero ilícita la pérdida de la mencionada oportunidad de ganancia o provecho social, causada por la pérdida, en este caso, por la frustración acaecida por la exclusión ilegal, de que fuera objeto el señor Eduardo Alejandro Orjuela; por el contrario, no encuentra razonable, ni real la estimación hecha por el demandante. Porque este daño por “pérdida de probabilidad o pérdida de oportunidad” no se encuentra compuesto por los beneficios de los que fuera privado el socio por la exclusión, sino que son “los beneficios que probablemente hubiera obtenido posteriormente”. Por lo

tanto, solamente se limitan a los beneficios que no pudieron obtenerse desde el año 2013 y durante el período que probablemente se hubiesen obtenido, esto es, hasta la exclusión judicial de socio que aquí se reconoce (2015).

Por tanto, por lo expuesto en los párrafos precedentes y en el presente, la privación de obtener beneficios comienza en el año 2013 y permanece a la fecha del presente Laudo, y se refiere exclusivamente al beneficio de tipo civil y no al beneficio de tipo laboral. Por consiguiente, el monto de la pérdida de oportunidad de obtener beneficios sociales desde 2013 a la fecha de este laudo, esto es, el monto que se le impidió obtener como utilidades sociales convenidas, es el mismo monto que tenía como socio en la modalidad de compensación variable, pero que no pudo obtener en ese período de 2013 a 2015. Pero se aclara, que este sería un monto de la reparación a título de pérdida de oportunidad y no de compensación variable, basada en la pérdida de una expectativa probable y no en la pérdida de un derecho que tenía como socio y que deja de percibir (lucro cesante). De allí que solo para su cálculo, el Tribunal tendrá en cuenta las cuantías de los dictámenes periciales de las compensaciones variables de los años 2013 (\$465.874.226.99), 2014 (\$233.754.711.32) y 2015 (\$244.940.424 que corresponde a la parte proporcional de 2015 hasta la fecha del Laudo). Por lo tanto, el Tribunal accederá a dicha petición subsidiaria en la cantidad de \$944.569.363, a título de resarcimiento de la pérdida de probabilidad de ganancias o pérdida de oportunidad.

- h) **Lucro cesante legal por mora en la compensación por retiro.-** Primeramente el Tribunal reitera que el monto del plan de retiro es una retribución privada por la calidad de socio que tiene, como arriba quedó expuesto, una naturaleza estrictamente mercantil, por cuanto trata de compensar al empleado después de su retiro, con base en el fondo integrado por la reserva de utilidades. Así mismo, también señala que, al no existir certeza jurídica de la existencia de esa obligación en el momento de la exclusión, ni plazo para su cumplimiento, sino

cuando se ha requerido a la sociedad demandada para su cumplimiento con la notificación (Art. 90 C.P.C.), no puede menos que concluirse que solo a partir de ese momento puede hablarse de mora (Art. 1608, num.1 C.C.), por lo que la indemnización moratoria procedente, si bien estará constituida por los intereses moratorios comerciales, de conformidad con el artículo 884 C.Co., (tal como se solicita en la primera petición subsidiaria del punto 12.3.2), esto es una y media vez el interés corriente sobre el saldo de retiro (\$687.800.260), no lo es menos que su ocurrencia no lo será desde la fecha del 16 de junio de 2012, como solicita el demandante, sino desde el momento de la mora de esta obligación, que, por falta de certeza jurídica y de plazo para su pago en caso de exclusión indebida, solamente surge en el momento del requerimiento judicial con la notificación del auto admisorio de la demanda, que, en el sublite, fue el 14 de febrero de 2014. Por tanto, el Tribunal accederá a la petición subsidiaria de la petición 12.3.2. en la cantidad de \$345.073.666, en cuyo monto va incluida la corrección monetaria durante dicho período<sup>132</sup>.

<sup>132</sup> Previamente precisa el Tribunal que los perjuicios moratorios no solo se encuentran acreditados sin prueba especial, debido a la mora en el cumplimiento de la presentada obligación dineraria (arts. 822 C.Co. y 1617 regla 2ª. C.C.), sino que ellos se reparan con los intereses mercantiles moratorios, en este caso de carácter legal, conforme lo dispone el art. 884 del C.Co.

Ahora, para establecer esta suma el Tribunal se separa del dictamen pericial, el cual aplica el interés compuesto, no autorizado para este caso. De allí que habiendo relevación de la prueba del daño dinerario y del hecho notorio del interés moratorio, conforme a lo dicho, y existiendo el deber del Tribunal de proferir una condena en concreto (arts. 241, 233, 307 y 37 inc. 8 del C.P.C.), esta instancia procede a hacerlo. Ahora, esta suma de \$345.073.666 es el resultado de la aplicación del artículo 884 del C.Co. sobre la suma de \$687.800.260. Es decir, a los indicadores económicos (art. 191 del C.P.C. y ley 794 de 2003) de las tasas de interés, en este caso, las tasas de interés moratorio equivalente a la tasa de interés bancario corriente (fol. 012 del libro 2º. del dictamen) más un 50%, fijados trimestralmente por la Superintendencia Financiera, se le aplica, proporcionalmente a los días de mora, a la cantidad de \$687.800.260 durante el período comprendido entre el 12 de febrero de 2014 (fecha de la mora) hasta el 3 de noviembre de 2015 (fecha del laudo). La liquidación es como sigue:

Año	Periodo	Tasa anual (de mora para 365 días)	Días de mora	Intereses moratorios
2014	12 feb-mar	29.48%	48	26.664.791
	Abril-jun	29.45%	90	50.500.556
	Jul-sept.	29.00%	91	50.275.372
	Oct-dic.	28.76%	92	49.859.300
2015	Ene-mar	28.82%	90	48.877.159
	Abril-jul	29.06%	91	49.831.788
	Jul-sept.	28.89%	92	50.084.672
	Oct.3 nov.	29.00%	34	18.580.028



Pero, como quiera que, como antes se dijo, no procede la indemnización moratoria en el período comprendido entre el 16 de junio de 2012 y el 12 de febrero de 2014, el Tribunal accede a la petición subsidiaria de la indexación, por la notoria desvalorización de la moneda, mediante el resarcimiento de la corrección acumulativa durante este período sobre la suma de \$687.800.260 para un total de \$24.151.764

i) **Daño emergente consolidado y lucro cesante por compensación variable.**- Si la petición (12.4) de compensación variable se refiere a la que el demandante había causado y consolidado entre el 1º. de octubre de 2011 y el 15 de junio de 2012, ella resulta infundada, porque no estaba causada, puesto que si bien la causación presupuestal internacional de KPMG es del 1º. de octubre al 30 de septiembre del año siguiente, lo cierto es que, conforme a la ley colombiana, la causación es anual y se hace en el balance de fin de año (Arts. 289 y ss. C.Co.), tal como arriba se dijo, por lo que los susodichos intereses no estaban para esa fecha causados tal como lo afirma el demandante. Por ello, también resulta infundada la petición de intereses moratorios (petición 12.5).

Lo mismo ocurre si ella se refiere a utilidades consolidadas, porque las empresas en Colombia que actúan bajo la marca KPMG, como son KPMG LTDA., KPMG ADVISOR y SERVICES LTDA. y KPMG IMPUESTOS Y SERVICIOS LEGALES LTDA. son empresas legal y financieramente autónomas y sus utilidades se distribuyen en cada una de ellas, como arriba quedó dicho. Se concluye entonces, de una parte, que una cosa son las relaciones entre las sociedades entre sí, las cuales, según lo probado, implican el suministro de informaciones para una armonización de uso de la marca, organización de presupuesto y distribución de utilidades, en los cuales no participan directamente los socios; y de la otra, las relaciones internas de cada sociedad con sus socios, caso en el cual, debido a su autonomía, la distribución de

---

TOTAL				345.073.666
-------	--	--	--	-------------

---

utilidades de KPMG LTDA. entre sus socios comprende las utilidades que como socios allí les correspondan, sin que tengan nada que participar directamente en las demás sociedades. Por esta razón, resulta impertinente la reclamación “a título de daño emergente, ya consolidado, la compensación variable proporcional que para el período corrido entre el 1º. de octubre de 2011 y el 15 de junio de 2012 (...)”, y mucho menos los intereses moratorios comerciales “desde el 16 de junio de 2012 y hasta la fecha de pago” (peticiones 12.4 y 12.5).

j) **Daño al aporte social.** No hay.- En cambio, la exclusión como socio industrial o socio capitalista si bien puede causar, en sí mismo, daño laboral reparable, que no es el caso del presente juzgamiento, no es menos cierto que no ocasiona daño en el aporte social, porque este no se pierde. Si el aporte es de industria, sin estimación, no hay valor económico (o capital) que se pierda. En tanto que si es aporte de industria con estimación o es un aporte de capital, este se conserva mediante las cuotas sociales o acciones correlativas. Por ello, de dichos aportes no puede pedirse la restitución (Art. 143 C.Co.), sino el valor de las cuotas, que aquí no se pide; pero que da origen a la transmisión de las cuotas, tal como se indica más adelante, dentro del estudio de la demanda de reconvención.

k) **Daño moral.**- En lo que atañe a la reparación del daño moral, (Supra 3.27) el Tribunal la considera procedente: De un lado, porque, además de haber reconocido la demandada la “atribución de acoso sexual” al demandante como causa de su despido, así lo reconoció la declaración de parte de KPMG LTDA., representada por su Presidente Gustavo Avendaño, y la señora Claudia Cañas y otros deponentes, quienes conocieron directa o indirectamente la información suministrada por el señor Gustavo Avendaño del acoso sexual que motivara el despido del señor Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez; y del otro, porque dicha imputación, fuera de no probarse previamente, ni en el presente proceso, afectó no solo el buen nombre y reputación profesional, sino también la honra del demandante, con trascendencia significativa no solo en la convivencia laboral sino también en la confiabilidad profesional que requiere su actividad.

Por esta razón, el Tribunal accederá a dicha petición y procederá a fijar su cuantía, a cargo de KPMG LTDA., como lo ha reiterado la jurisprudencia, acudiendo al arbitrio judicial, en la cantidad de \$30.000.000, como quiera que el acto o hecho consecuente del daño, solo aparece imputable a la referida sociedad KPMG LTDA. Sin embargo, el Tribunal no se pronunciará sobre la solidaridad a cargo del Dr. Gustavo Avendaño Luque, en su calidad de administrador, de un lado, por no haber sido demandado ni pedido en esta condición y, del otro, porque la sociedad que representa es la que claramente ha hecho la exclusión (art.200 C.Co.).

**6.2 Alcance de la prosperidad.-** Estando demostrados los elementos de las pretensiones principales de la demandada inicial, entra el Tribunal a determinar su alcance:

**6.2.1. Peticiones declarativas.-** Las peticiones 1ª. a 9ª. y la 11 (en cuanto a la restitución del monto de retiro) resultan procedentes, lo que indica de manera simplificada que se accederá a ellas de acuerdo con lo probado, ya que, conforme al contrato, al estatuto social y al Acuerdo Privado de Socios, la sociedad demandada excluyó ilegalmente al demandante con las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales de responsabilidad. Pero, en cambio, por lo expuesto se negará la petición 10 sobre la declaración de la obligación de la restitución del aporte, sin perjuicio de lo que más adelante se dispone sobre la restitución del valor de las cuotas, así como las primeras (No.9), segundas (No.9) y terceras (No.9) correspondientes.

**6.2.2. Peticiones de condena.-** Como consecuencia de las anteriores declaraciones deberá:

Accederse a la petición declarativa de restitución al convocante del monto de las utilidades trasladadas a la reserva de retiro por \$687.800.260, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva, sin perjuicio de lo que más adelante se dispone sobre lo que corresponde al lucro cesante (Petición 11).

Así mismo, en cuanto al lucro cesante, no se accederá a la condena solicitada por compensación básica dejada de percibir (Petición.12.1) por lo expuesto en la parte motiva que, por supuesto, coincide con la exclusión solicitada en la petición cuarta subsidiaria. Pero, en cambio, se accederá a la petición de condena por compensación variable que dejó de percibir en el año 2012, pero no en los posteriores, por lo arriba expuesto (Petición. 12.2) en la cantidad de \$264.354.304.

De igual manera y concordante con la declaración restitutoria correspondiente arriba mencionada, se accederá a la petición de condena de restitución del saldo del fondo de retiro hasta el año 2012 (\$687.800.260) (Petición II.1 principal, 12.3.1) y la condena parcial relativa a la petición del pago de intereses mercantiles moratorios legales pedidos sobre la suma de \$687.800.260 (petición 12.3.2.) en la cantidad de \$345.073.666 como atrás quedó expuesto, por lo que el Tribunal queda exonerado de pronunciarse sobre la segunda subsidiaria del punto 12.3.2.

Así mismo, se accederá a la indexación por la notoria desvalorización de la moneda, mediante el resarcimiento de la corrección acumulativa durante el período comprendido entre el retiro y la notificación del auto admisorio de la demanda, sobre la suma de \$687.800.260 para un total de \$24.151.764 (Petición segunda subsidiaria a la pretensión 12.3.2.).

No obstante, no se accederá al daño emergente ya consolidado con los intereses moratorios comerciales (peticiones 12.4 y 12.5 ni a sus subsidiarias) por lo expuesto en la parte motiva del punto anterior.

Igualmente se accederá a la reparación del daño moral (petición 12.6) pero solo a cargo de la sociedad demandada, en la cantidad que se estima, según el arbitrio judicial, en \$30.000.000, tal como se expuso anteriormente.

En cambio, no se accederá a la petición de condena a la restitución del aporte de \$400.000.000 e intereses indicados, recogido en la petición principal 13 y las subsidiarias

correspondientes de las primeras (No.9), segundas (No.9) y terceras (No.9), por lo expuesto en esta parte motiva, en las consideraciones generales. En tanto que el aspecto de la restitución del valor de las cuotas sociales, se tratará en el estudio de la demanda de reconvención. (Infra, 7.6).

Así mismo, habiendo prosperado, en la cantidad probada, todas las peticiones de la pretensión principal, salvo la No.13 antes indicada, queda relevado el Tribunal para pronunciarse sobre las peticiones primeras, segundas, terceras y cuartas subsidiarias (Arts. 302 y 82 C.P.C.).

De igual manera, se accederá a la petición II.6 quintas subsidiarias referente a la pérdida de probabilidad de haber continuado percibiendo la compensación económica, en la cantidad de \$944.569.363

Por último, se accederá a la declaración de que tales sumas corresponden a cantidades que previamente han cancelado impuestos asumidos (petición II.7) (Dictamen Pericial, E. Orjuela Fol. 8, 9 y 10).

**6.2.3. Excepciones de mérito contra la demanda inicial.-** Siendo así, entra el Tribunal al estudio de las excepciones de mérito de la demandada.

**a) Falta de competencia.-** Inicialmente la hizo descansar el excepcionante, de una parte, en que la cláusula vigésima sexta del contrato social que recoge la cláusula compromisoria, solo da competencia para conocer de asuntos frente a la sociedad KPMG LTDA. y sus actuales socios, pero no para los demás; y, de la otra, que solo otorga competencia para conocer de ciertos asuntos relacionados con el contrato social, y no relacionados con el Acuerdo de socios. Posteriormente la hizo descansar en la falta de aceptación expresa de la cláusula compromisoria estatutaria, por parte del actor.

Siendo así las cosas, dicha excepción no está llamada a prosperar. De una parte, por cuanto no se trata de ninguna excepción de mérito, debido a que mientras ésta debe fundarse en un defecto impeditivo, modificatorio o extintivo de la pretensión sustancial, la que aquí es aducida, se sustenta en un defecto procesal consistente en la falta de competencia.

Y de la otra, porque no le asiste razón al excepcionante por las razones expuestas por el Tribunal al fijar la competencia, que ahora reitera así: De un lado, porque, como arriba se vio, el contrato social contempla una cláusula compromisoria, la vigésima sexta, que vincula tanto a la sociedad KPMG Ltda. como a los socios, que, por no distinguir pueden ser los actuales o antiguos que tengan diferencias; que éstas sean entre los socios actuales o antiguos, o entre éstos y la sociedad; y que se trate de “diferencias (...) relacionadas con el contrato social”, que, por no distinguir, comprende todas sus fases, tales como la celebración, el contenido, la ejecución, la terminación, etc., donde, entonces, quedan incluidas “las diferencias” sobre el Acuerdo Privado de socios.

No obstante lo anterior, esta competencia queda reiterada con la cláusula sexta del Acuerdo Privado de socios, puesto que si por las consideraciones antes expuestas, el Acuerdo mencionado ha sido aceptado por la sociedad KPMG LTDA., no puede menos que concluirse que, de acuerdo con la citada cláusula, también corresponde al Tribunal de arbitramento el conocimiento de las “diferencias” entre las partes que suscribieron el Acuerdo y, desde luego, las diferencias que sobre el Acuerdo también tienen éstas partes con la sociedad KPMG LTDA., que, como se vio, aceptó tácitamente el Acuerdo y, dentro de él, la citada cláusula sexta del pacto arbitral. Luego, el alcance de la competencia arbitral de la cláusula compromisoria estatutaria (vigésima sexta) que aquí queda reiterado por el Acuerdo Privado de socios (sexta).

Ahora, ciertamente la cláusula compromisoria estatutaria (la vigésima sexta) prevé como órganos de solución arbitral un Tribunal de tres (3) árbitros y el Acuerdo Privado contempla

como órgano arbitral, previo agotamiento de solución de arreglo, la de un Tribunal integrado por “un árbitro que resuelva la controversia”. Pero como quiera que ante la concurrencia de pactos arbitrales, como el caso sub-examine, se hace imperativo tener en cuenta la prelación que existe en la normatividad social, del estatuto social frente a los acuerdos de desarrollo, el Tribunal, en tal virtud, reitera que tiene mayor prioridad la primera no solo por su connotación estatutaria y rectora de la sociedad frente a los socios y a los terceros (Art. 188 y 118 C.Co.), sino también por su mayor amplitud: Puesto que abarca no solo los asuntos relacionados directamente con el contrato social, sino también los relacionados indirectamente, como ocurre con los aspectos del contenido del Acuerdo Privado y también comprende no solo las diferencias con el contenido del contrato social, sino también con la ejecución del mismo, dentro de los cuales se incluye el Acuerdo de socios sobre distribución de utilidades y de gobierno corporativo. Por consiguiente, de conformidad con la cláusula compromisoria estatutaria, este Tribunal tiene competencia plena para conocer las diferencias que se refieren no solo al contrato social en sí mismo, como las de su ejecución, recogidas en el Acuerdo Privado de socios, sino también las referentes a éste, como arriba también quedara expuesto.

Si bien es cierto que aparecen en el expediente diversos documentos de distribución de utilidades en favor de Juan Pablo Murcia, Vicente J. Torres, Myriam S. Gutiérrez, Ignacio Cortés, Camilo González y Carlos Alberto Bernal Otero (Folios 0133-0177-0178-0179-0180-0181, etc.) que, en principio, implicaría la demostración de su calidad de socios, pero de otras sociedades pertenecientes al Grupo, (Fols. 323, 105, 108, 106, 109 del C. de P. No.1 y Fol. 37 del Libro 2 de los soportes del Dictamen), lo cierto es que para el Tribunal no existe prueba alguna que identifique que dicha calidad de socios se refiera a la sociedad KPMG LTDA., razón por la cual no los vincularía la cláusula compromisoria acordada en sus estatutos. En consecuencia, resulta fundada la excepción de falta de competencia aducida por la parte convocada respecto

de tales personas. En tanto que no le asiste razón a la parte convocada en relación con el Señor Luis Orlando Delgadillo, por cuanto a Folio 31 del C. de P No. 1 aparece prueba de dicha calidad respecto de KPMG LTDA.

**b) Incompetencia por no aceptación.-** Tampoco acierta el excepcionante al decir que la falta de aceptación expresa a una cláusula, la compromisoria que hacía parte de los estatutos sociales, impide su aplicación, porque, por el contrario, dichos estatutos, por sí solos, sin necesidad de aceptación posterior, son obligatorios para todos los asociados, aún en contra de su voluntad (Arts. 210, 188 y 196 C.Co.).

**c) Inexistencia del derecho a la compensación por retiro.-** La excepción se sustenta en que según la cláusula 5ª., por habersele terminado el contrato de trabajo, el demandante solo tiene derecho a los aportes individuales pero no a los de KPMG LTDA.

En esta excepción también desacierta el excepcionante, ya que ella solo sería factible en caso de despido justo, como allí se indica, pero no en caso de despido injusto, tal como aquí ocurrió y se expuso en su oportunidad.

**d) Cumplimiento legal en la exclusión de socio.-** Se funda en que, al dársele por terminado el contrato de trabajo, el demandante perdió la calidad de socio industrial y que desde el 31 de mayo de 2014 fue excluido como socio capitalista y que el 12 de septiembre de 2013 se le negó la pensión de retiro. Con todo, tal como quedó expuesto, para el Tribunal la exclusión como socio industrial no se ajustó al contrato social, ni al Acuerdo de socios, por lo que carece de fundamento dicha excepción.

**e) Falta de legitimación por pasiva.-** Esta excepción la hace descansar la parte demandada en que, a la presentación de la contestación a la demanda inicial, la sociedad KPMG LTDA. no había suscrito el Acuerdo Privado de socios y en que muchos



de los demandados no tienen la calidad de socios, tal como sucede con Juan Pablo Murcia, Carlos A. Bernal, Vicente J. Torres, Miriam S. Gutiérrez, Luis O. Delgadillo, Ignacio Cortés y Camilo González. Para su estudio, el Tribunal hace las siguientes consideraciones:

- **Prueba de legitimación pasiva asignada.** Previamente precisa el Tribunal que, debido a la prosperidad parcial de la excepción de competencia acogida anteriormente respecto de Juan Pablo Murcia Fajardo, Carlos Alberto Bernal Botero, Vicente Javier Torres Vásquez, Myriam Stella Gutiérrez, Ignacio Cortés Castán y Camilo González Segura, no hará pronunciamiento de fondo sobre estas personas en el presente punto. Por lo tanto, las consideraciones que a continuación se exponen, se refieren a los demás demandados.
- **Legitimación pasiva indivisible y separada.-** Siendo así las cosas, previamente precisa el Tribunal que si la legitimación pasiva de una pretensión es aquella situación jurídica que impone a una o varias personas el deber de satisfacer el derecho reclamado por el demandante y del cual este último es su titular, se hace necesario establecerlo en el caso concreto.

Lo anterior, porque si bien es cierto que en la mayoría de las controversias contractuales, éstas pueden afectar a todos los contratantes y todos deben atender a su satisfacción, tal como sucede con aquellas controversias que comprometen individualmente el vínculo contractual (v.gr. como sucede con las nulidades, terminación, alteraciones del contrato), no es menos cierto que en otros casos los obligados a satisfacer las reclamaciones de los demandantes solo son algunos, tal como sucede con aquellos que tienen obligaciones de pagar separadamente una contraprestación.

De allí que en el primer caso se hable de litisconsorcio necesario, que implica la necesidad de la intervención de

todos los eventualmente afectados, y frente a los cuales debe existir una decisión uniforme (Art. 51 C.P.C.), en tanto que en el segundo, se hable de litisconsorcio facultativo, para señalar que, no obstante la posibilidad de participación de todos, cada uno tiene la facultad de intervenir o no, porque obran como sujetos separados (Art. 50 C.P.C.).

- **Legitimación pasiva social.** Pues bien, en lo que atañe a las controversias relativas a los acuerdos sociales, llámese contrato social o acuerdos privados de socios, que se dirigen contra la sociedad y contra los que son o han sido socios de la misma, también es preciso distinguir en cada pretensión quién o quiénes deben responder a su satisfacción, que bien pueden ser todos o algunos, sea que integren un litisconsorcio necesario, o uno facultativo.
- **Legitimación pasiva social sub-examine.** Descendiendo al caso concreto, el Tribunal establece que de todas las peticiones de las pretensiones principales que están llamadas a prosperar, solamente las tres primeras (Nos. 1, 2 y 3) se refieren a declaraciones que comprometen el vínculo del contrato social y del Acuerdo, casos en los cuales existe una legitimación pasiva de todos los demandados, incluyendo a la misma sociedad KPMG LTDA, que como persona jurídica, surge del contrato social, y que, como aceptante, la vincula el Acuerdo Privado de socios, tal como quedara expuesto.

No sucede lo mismo con las demás peticiones, porque las ubicadas en los números 4 a 10 se refieren a exclusiones y aportes del socio Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez, que implica una relación de socio y sociedad; y las peticiones 11 a 13, se refieren a condenas consecuenciales de la exclusión de restitución del monto del plan de retiro, reconocimiento de perjuicios extrapatrimoniales y restitución de aportes, que, por ser consecuenciales, se refieren a la misma relación de la sociedad KPMG Ltda. y el

socio Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez, donde aquella, según las peticiones, debe ser la condenada.

Siendo así las cosas el Tribunal encuentra que si la sociedad KPMG LTDA. fue la que excluyó al socio Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez, y la que recibió el aporte, siendo la que pudo haberle causado los perjuicios cuya condena se reclama, se deduce entonces, que debe ser ella misma la que debe satisfacerla. No solo porque así lo manda el contrato social que le da origen y el Acuerdo de socios que aceptó, sino también porque así lo establece la ley, tal como se ha expuesto en su oportunidad.

En cambio, de tales actos de exclusión, de los aportes efectuados y de los perjuicios causados, no tienen por qué responder los demás socios que fueron demandados, a pesar de estar legitimados para serlo, quienes, por lo tanto, deben ser absueltos de tales peticiones. Luego, en esta parte prospera la referida excepción.

**f) Pago.-** Esta excepción se encuentra fundada parcialmente en lo que toca a todas las obligaciones sociales de la sociedad demandada entre los años 2000 y 2013, incluyendo las compensaciones de 2012 como socio capitalista y socio industrial la suma de \$147.155.385, para un total de \$150.755.000 (dictámenes KPMG. Pag.1 Fol. 0105 del libro 2), sin que ese pago, como arriba se dijo, corresponda a lo que debía percibirse como compensación variable (folios 0010 y 0181 del libro 2). También está llamada a prosperar la excepción de pago para el año 2013 de \$150.755.000 como socio capitalista (\$17.648.179) (dictamen KPMG pg.1 y folio 0105 del libro 2).

**g) Falta de causa legal de condena solidaria.-** Se funda en que no fue pactada la solidaridad en el convenio, ni se ha cometido ningún delito que la autorice (Art. 2344 C.C.). No obstante, el Tribunal tampoco la encuentra procedente porque la solidaridad no es aquí el fundamento de la condena; y porque, en caso de serlo, dicha condena solidaria resultaría

fundada, ya que es bien sabido que la solidaridad se presume en tales negocios y la consiguiente responsabilidad (Arts. 825 y 200 C.Co.).

## **7. PRETENSIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN**

Enseguida entra el Tribunal al estudio de la demanda de reconvencción. (Supra No. 1.6.)

**7.1 Pretensiones (interpretación).-** Tal como arriba quedara expuesto se trata de una pretensión declarativa de exclusión como socio capitalista a Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez con la condena al mismo demandante en reconvencción al reembolso del aporte de capital por KPMG LTDA. a aquel y, en subsidio sucesivo (uno a falta de otro) el reembolso de la suma de \$70.500.000; el precio de liquidación de cuota del parágrafo 5º. y del 6º. y del literal D de la Cláusula quinta del Acuerdo por \$70.500.000; o del precio que fije el Tribunal, o que fije con las condiciones de pago; y que, en consecuencia, se autorice en la disminución de capital social. El actor también insiste en ellas en sus alegaciones.

De allí que, sin lugar a dudas, se trate de una pretensión ordinaria de conocimiento que procura establecer, y que, si fuere el caso, se declare que la demandante en reconvencción tiene el derecho o no a que, de acuerdo con los hechos narrados, a la declaración de la exclusión que se aduce y, que, en consecuencia, se declare y se ordene la consiguiente cesión de las cuotas sociales por los valores arriba indicados.

**7.2 Procedencia.-** Tal como quedó arriba expuesto, se trata de una pretensión procedente entre la sociedad KPMG LTDA. contra el socio excluido Eduardo Orjuela, para que, con fundamento en la exclusión adoptada, se haga la declaración de esta última con las peticiones consecuenciales mencionadas. (supra 3.16 y 3.30.3.)

**7.3 Acervo probatorio.-**Enseguida entra el Tribunal al análisis del acervo probatorio. (supra 3.30.3.)

**7.4 Legitimación:** En primer término, encuentra el Tribunal que se halla probada la legitimación activa y pasiva, por cuanto se trata de una pretensión formulada por la sociedad KPMG LTDA. contra Eduardo Alejandro

Orjuela Rodríguez, que, como socio de aquella, debe responder sobre su exclusión.

**7.5 Causa petendi:** En segundo lugar, la causa petendi de esta pretensión también se encuentra acreditada, porque, de un lado, se halla demostrado, tal como arriba se dejó expuesto, que la reconviniendo hizo un despido al demandante inicial, que si bien llevó la extinción de la calidad de socio industrial, el mismo demandante no solo contravirtió la justicia de dicho despido, sino también sus derechos y la transferencia de las cuotas sociales. Sin embargo, como quiera que está demostrado que la calidad de socio en las sociedades de KPMG LTDA está edificada en la prestación de servicio profesional que le permite entrar como socio industrial y luego como socio capitalista, tal como lo reconocen el Acuerdo Privado de socios y los hechos 3 a 4 de la demanda, no puede sino concluirse que por lo general, la pérdida de aquella calidad también conlleva la extinción de la segunda, sin que exista convenio en contra.

**7.6 Restitución:** Pero esta extinción no acarrea la restitución de los aportes, porque, además de no implicar una reducción de capital con modificación del contrato social, ni la afectación a terceros, no está autorizada por el Art. 143 del C.Co. En cambio, dicha extinción solo da origen, con la compensación pertinente, a una obligación a cargo del socio excluido para proceder a la transmisión de las cuotas sociales, bien sea de manera voluntaria o, en su defecto, de manera forzada por decisión judicial.

Por tanto, correspondería ahora entrar al estudio de la cuantía o valor de las cuotas demandadas, pero, en vista de que en las alegaciones la parte convocante ha aducido cosa juzgada y pago del valor de las mencionadas cuotas sociales, cuyas pruebas han sido aportadas previamente, procede el Tribunal a analizarlas, a fin de determinar su procedencia o no, y su consecuencia en la pretensión de reconvención sub-examine.

Primeramente, precisa este Tribunal que tales alegaciones si bien no fueron propuestas como excepciones por el demandado en reconvención, sino del propio demandante en reconvención, aportada su prueba, debe estudiarse. Ello obedece a que en la sentencia se “tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual versa el litigio, ocurrido después de haberse presentado la demanda, siempre que aparezca

probado y que haya sido alegada por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión” (art. 305 inc. final C.P.C.).

Ahora bien, como quiera que la cosa juzgada alegada requiere que haya identidad de partes, objeto y causa entre el anterior y el actual proceso (art.332 C.P.C.), ella no se presenta en el caso sub-examine. Porque mientras aquel se adelantó ante la Superintendencia de Sociedades, por Eduardo Orjuela contra KPMG LTDA., para que se procediera a la valoración pericial de “las cuotas Sociales” de aquel, que fueran estimadas pericialmente en la suma de \$396.800.196 aceptada mediante providencia del 10 de julio del 2015 y ejecutoriada el 14 de los mismos mes y año, en el presente se trata de un proceso arbitral en que KPMG LTDA. ha promovido contra el precitado Eduardo Orjuela una demanda de reconvención para que se declare que éste último ha sido “excluido como socio capitalista el 31 de marzo de 2014”, de dicha Entidad (Petición primera). Y con base en ello, se persigue que se condene a dicha entidad al reembolso de su aporte, así como al pago del mismo en la forma como indican las peticiones 2ª a 7ª y que, como consecuencia, se autorice a dicha sociedad a la disminución de capital (petición 8º.). Luego si aquella sentencia no tiene por objeto decidir o definir judicialmente la exclusión del socio capitalista y el pago de las cuotas, que es el objeto del presente proceso, sino que persigue su valoración por diferencias entre las partes, que tampoco es el objeto central de este proceso arbitral, aunque sí parte del mismo, lógicamente se concluye, de una parte, que los objetos son distintos, el uno es el de juzgamiento y el otro, es el de valoración de cuotas sociales y que se fundan en causas distintas, la del primero es la procedencia de la exclusión judicial de socio y la del segundo, es la de definir pericialmente la diferencia en el valor de las cuotas sociales. Por tanto, para este Tribunal no hay lugar a reconocer ni decretar la existencia de la cosa juzgada.

Pero en cuanto al valor y pago de las cuotas sociales del socio Eduardo Orjuela, este Tribunal, teniendo en cuenta las pruebas del 14 y 29 de septiembre de 2015 allegadas, encuentra, por el contrario, plenamente demostrado dicho valor y pago, lo que, desde luego, constituye un hecho modificativo de la pretensión de la demanda de reconvención, por cuanto altera las peticiones relativas a su valor y pago y autorización de disminución de capital, en cuanto las satisfacen. Por tanto, así se reconocerá en la parte resolutive. Siendo así las cosas, resulta inútil entrar a hacer consideraciones probatorias sobre dicha valoración, obligación, pago

y disminución de capital, porque, precisamente, el pago efectuado enerva y extingue el derecho a la cancelación del valor de las cuotas sociales y sus consecuencias, que es lo que se solicita en las peticiones 2ª. a 8ª. de la demanda de reconvención, quedando, en consecuencia, satisfecho dicho derecho, y exonerado el Tribunal de hacer un pronunciamiento sobre ellas.

Sin embargo, en cuanto a la reserva que hace el apoderado de la convocante de “todo derecho para reclamar judicial o extrajudicialmente”, esto es, para “demandar” y ejercer “acciones”, sin que, por tanto, se otorgue paz y salvo, este Tribunal no hará pronunciamiento alguno, porque no se trata de una excepción ni de una pretensión de la demanda inicial (art. 305 C.P.C.), sin perjuicio de la decisión negativa de la restitución del aporte expuesto en su oportunidad.

**7.7 Prosperidad, defensas y excepciones de mérito.-** Por todo lo anterior, la demanda de reconvención está llamada a prosperar, por lo que el Tribunal procede al estudio de las excepciones de mérito formuladas por el demandado reconvenido.

**7.7.1 Falta de competencia y existencia de pleito pendiente.-** En vista de tratarse de defectos procesales el de falta de competencia y el de la existencia de pleito pendiente, ello es suficiente para denegarlas como excepciones de mérito, puesto que estas solo son defectos sustanciales que deben estar dirigidas a enervar las pretensiones formuladas en la demanda de reconvención.

Sin embargo, reitera el Tribunal que si la competencia para conocer de este proceso es una atribución que permite el conocimiento de un asunto contencioso que debe juzgar el derecho a la exclusión y la consiguiente consecuencia de transmisión de cuotas sociales, entonces ella difiere totalmente de la competencia asignada a la Superintendencia para, en caso de diferencia, determinar precisamente el valor de las cuotas sociales. Luego, es lógico concluir que no solo son competencias diferentes, sino que el tribunal ha actuado con ella, para conocer de la presente litis sobre la declaración y condena del valor de las cuotas sociales que han de transmitirse como consecuencia de la exclusión de un socio.

Además, si el presente asunto debe tramitarse en un proceso de conocimiento resulta acertado hacerlo en este proceso arbitral, donde también se está controvirtiendo, con la demanda inicial, lo referente a la exclusión de socios y sus correspondientes consecuencias.

También resulta impertinente, porque, según las pruebas allegadas, el presente proceso ya concluyó, que, por lo demás, como se dijo, tampoco constituye cosa juzgada.

**7.7.2 Excepción de mala fe comercial de KPMG LTDA.-** Esta excepción la hace descansar el demandado en reconvención, de una parte, en la demora y la renuencia del reconviniente a un procedimiento para readquisición de cuotas sociales; y, de la otra, en que habiendo el reconviniente ofrecido \$650.828.565, ahora quiere su readquisición por su valor nominal.

Porque, el primer argumento en nada persigue enervar la pretensión demandada, pues esta no depende de si hubo Acuerdo o dilación o no. Y porque el segundo, tampoco modifica la prosperidad de la pretensión, que, como se vio, no se accede al valor nominal, sino al establecido pericialmente, como lo reconoce el excepcionante, conforme al parágrafo sexto de la cláusula 5ª. del Acuerdo Privado.

**7.7.3 Excepción de no actuación contra sus propios actos.-** Esta excepción la hace descansar el demandado en reconvención en que el demandante, después de haber ofrecido el 9 de abril de 2013 una suma de \$650.828.565 y el 2 de abril de 2014 una suma de \$400.000.00 por la readquisición de las cuotas, ahora pretende que se le aplique el Art. 145 del C.Co., cuando antes habría negado la restitución del capital aportado.

Ello obedece a que la doctrina sobre la prohibición de no irse contra sus propios actos, solo resulta procedente cuando después de ciertos actos propios, la otra parte, basada en ellos, ha continuado actuando de buena fe la ejecución del contrato o el convenio, por lo que, posteriormente, no puede cambiar de posición en perjuicio de la otra parte.



De allí que si en esta excepción no se indica cuál fue el acto posterior, el cambio del acto propio y daño que éste causa, resulta infundada dicha defensa.

**7.7.4 Excepción de inexistencia de norma de valoración nominal o intrínseca de las cuotas.-** El excepcionante hace descansar esta excepción en la escritura pública 3637 de 2004 de la Notaría 25 de Bogotá que se remite a la legislación comercial, que habla de acuerdo o de valoración pericial (Arts. 364 y 365 C.Co.) y que el Acuerdo Privado, en los párrafos 5º y 6º. de la cláusula quinta no impone la cesión o readquisición de cuotas por su valor nominal o intrínseco, sino para los casos de retiro voluntario u obligatorio.

Sin embargo, dicha excepción carece de fundamento, porque, como arriba quedó expuesto, si bien la escritura mencionada no trae ninguna regla convencional de valoración de cuota, no es menos cierto que el Acuerdo de socios sí las trae en los párrafos 5º. Y 6º. de la cláusula 5ª., que no solo tienen aplicación para los retiros sino también para todos los demás casos, tal como ocurre en el sub-examine.

**7.7.5 Excepción de inaplicabilidad del Art. 145 del C.Co. al presente caso.-** La hace descansar el excepcionante en que no se trata de una disminución de capital. Pero como quiera que la prosperidad de la pretensión no admite la disminución de capital para la exclusión del socio, tal excepción cae en el vacío.

**7.7.6 Excepción de inaplicabilidad del Acuerdo Privado de Socios y de sus reformas.-** Así mismo, el excepcionante funda esta excepción en que este Acuerdo solo habla de cesión de cuotas sociales y participación en el plan de retiro y que ésta se refiere a las situaciones planteadas de retiro voluntario y obligatorio, no al caso sub-examine.

Sin embargo, tal como se expuso en su oportunidad dicho Acuerdo Privado de Socios, no solo vincula a éstos, sino también a la sociedad KPMG LTDA., y no solo contempla el plan de retiro, sino también “el despido o desvinculación del empleado” del socio (inciso final, del literal A de la cláusula 5ª.) que conlleva la exclusión del

socio industrial, e igualmente “el valor” de las cuotas sociales en cualquier caso (parágrafo sexto de la cláusula 5ª.)<sup>133</sup>. Por lo tanto, dicha excepción resulta infundada.

**7.7.7 Excepción de abuso de KPMG LTDA.-** Esta excepción la edifica el excepcionante en que KPMG LTDA. procedió sin justa causa con el despido y presionó la cesión de las cuotas con ofrecimientos cambiantes de precio hasta iniciar este proceso, habiendo uno ante la Superintendencia de Sociedades.

Sin embargo, tales argumentos carecen de asidero legal: De una parte, porque la exclusión, sea justa o injusta, cuestión que en esta pretensión no se debate, no elimina el derecho a establecer la obligación de transmisión y el derecho de readquisición, con la posibilidad del establecimiento del valor de las cuotas sociales. Y de la otra, porque, como arriba se vio, el proceso de valoración pericial que se adelanta ante la Superintendencia de Sociedades no impide que en un proceso de conocimiento se debata la existencia o no de la obligación de transferencia de las cuotas sociales del excluido y su correspondiente valoración. No puede, entonces hablarse de abuso. En consecuencia, es impróspera la excepción.

**7.7.8 Excepción de ineficacia e inoponibilidad para el señor Orjuela de las decisiones sociales de exclusión y readquisición de cuotas.-** Esta excepción la funda el demandado en reconvención en que las decisiones adoptadas no se ajustan a los estatutos, que no contemplan la exclusión, para las causas por las cuales se adoptó la decisión de exclusión. Tampoco se ajustó a la ley la cesión por “su valor intrínseco”, razón por la cual aún está pendiente su avalúo pericial ante la Superintendencia de Sociedades.

Sin embargo, no le asiste razón a dicho excepcionante, porque si bien es cierto que los estatutos no contemplan la causa de acoso sexual, no lo es menos que, conforme al Acuerdo Privado de socios, sí se contempla que la sociedad imponga sanción en caso

---

<sup>133</sup> Otrosí al Plan de Retiro también del 27 de abril de 2011 (C.P. No 1, Fol. 151 y ss)

de conductas reprochables de los socios (considerando 8 inciso final del literal A de la cláusula 5ª del Plan de Retiro del Acuerdo Privado). Otra cosa es que el hecho señalado como motivo no se haya demostrado y que tampoco se haya adoptado con el debido proceso, tal como fuera demostrado en el estudio de la pretensión de la demanda inicial. De allí que, habiéndose declarado indebida la exclusión, que, por tanto, no puede afectar al demandado en reconvención, dicha excepción también cae en el vacío.

Así mismo, resulta infundada la inoponibilidad de la decisión de readquisición de la cuotas sociales, porque si bien la exclusión no fue una "decisión de la junta", la razón por la cual se accede a la pretensión de readquisición, radica en los efectos legales que debe producir la extinción del estado de socio, los cuales se presumen en la obligación de transferir y el derecho a readquirir la cuota social del excluido. Por tanto, en este aspecto, tampoco prospera la excepción.

**7.8. Juramento estimatorio.-** Como quiera que el artículo 206 del C.G.P. vigente para el sub-examine (Art. 627 num.1, C.G.P.) consagra el deber de estimación razonable de la indemnización y la posibilidad de sanción en favor de la otra parte cuando exceda del 50% de la cantidad que resulte probada. De allí que resulte imperativo para el Tribunal establecer no solo la eventual estimación excesiva de los mencionados perjuicios, sino también si ella ocurrió o no de manera razonable, tanto en la demanda inicial, como en la demanda de reconvención.

En lo que toca con la demanda inicial el demandante estimó las compensaciones básica y variable en \$11.462.023.398 por cuanto, a su juicio se extendían hasta el año 2021; en 400.000.000, como valor del aporte con indexación o intereses; y en \$12.600.000.000 por el reintegro del saldo del Fondo de Pensiones de \$687.800.260 con el aporte hasta el 30 de septiembre de 2021.

Sin embargo, el Tribunal solamente no accedió a la compensación básica, por ser laboral, y, en cambio, accederá a la compensación variable por ser utilidades, pero solo por el año 2012 en cantidad de \$264.354.304, pero no a la compensación de los años posteriores, porque jurídicamente el perjuicio

no se extiende hasta el 2021. Así mismo, el Tribunal negará la restitución del citado aporte, porque se considera que jurídicamente no es posible. Finalmente, el Tribunal solo accederá al saldo de retiro en la cantidad de \$687.800.260 con sus respectivos intereses de \$345.073.666, pero no a su estimación para los años posteriores, por estimar que es imposible que ello jurídicamente se extienda hasta el año 2021, así como la indexación sobre el monto de retiro por \$24.151.764<sup>134</sup> y la indemnización por pérdida de probabilidad de ganancias en cuantía de \$944.569.363. Luego, si bien es cierto que las estimaciones hechas por el demandante inicial superan el 50% de lo probado, también lo es que, de acuerdo con todo lo expuesto, a juicio del Tribunal dicha estimación se hizo razonablemente con la fundamentación jurídica del caso, que, para infortunio de la parte del demandante, no fue acogida por el Tribunal. De allí que al no ser arbitraria dicha estimación, considera el Tribunal que no hay lugar a la sanción prevista en la norma arriba citada, la que, por tanto, no se impondrá en la parte resolutive.

Y en lo que atañe a la estimación hecha por la demanda en reconvencción de considerar en \$70.500.000 el valor de las cuotas sociales del demandado reconvenido (demandante inicial), el Tribunal, por su parte, no hace pronunciamiento de fondo sobre las demás peticiones de la demanda de reconvencción habida cuenta de la prosperidad de la excepción de pago del

---

<sup>134</sup> Primeramente recuerda el Tribunal, de un lado, que la desvalorización de la moneda como perjuicio, que hace parte del daño emergente, se encuentra acreditada, porque es un hecho notorio que no requiere prueba especial (arts. 822 C.Co. y 1614 C.C., en armonía con los arts. 191 y 176 inc. final. C.P.C.); y, del otro, que su resarcimiento se hace con la correspondiente corrección monetaria en el período de desvalorización con base en los IPC (Índice de precios al consumidor) del DANE.

Ahora, para establecer esta cantidad el Tribunal se separa del Dictamen Pericial, porque este se funda en períodos diferentes de indicación al que aquí se acoge. De allí que teniendo el deber de hacer condena en concreto y siendo posible hacerlo (arts. 241, 233, 307 y 37 C.P.C.) procede a hacerlo. De allí que teniendo el deber de hacer condena en concreto y siendo posible hacerlo (arts. 241, 237, 307, 37 num.8 del C.P.C.) el Tribunal procede a efectuarla. La suma de indexación arriba señalada de \$24.151.764 es la cantidad que corrige la desvalorización de la moneda de la suma de \$687.800.260 entre el 16 de junio de 2012 (día inicial en que empezó la desvalorización) y el 12 de febrero de 2014 (día final en que terminó la sola desvalorización y que también corresponde al mismo día en que empieza la mora. Luego, si a partir de esta fecha se causan intereses moratorios arriba calculados y éstos también incluyen la corrección monetaria, resulta impertinente volverla a tener en cuenta). Ahora, esa desvalorización de la moneda se repara con la correspondiente corrección monetaria, la cual se efectúa tomando como base el hecho notorio de la desvalorización y los IPC (art. 191 del C.P.C. y ley 794 de 2003), así como las pruebas (fol. 0011 del libro 2 del Dictamen) de los indicadores económicos de índices de precios al consumidor (IPC, así: Se toma el índice final de la indexación del 12 de febrero de 2014 (115.26) se divide por el índice inicial o de inicio de la indexación del 16 de junio de 2012 (111.35), de donde su resultado (1.035) se multiplica por la suma a corregir (\$687.800.260) para obtener la suma total indexada (\$711.952.024). De allí que la diferencia entre esta última cantidad indexada (\$711.952.024) y aquella sin indexar (\$687.800.260), sea la suma de indexación (\$24.151.764).

valor de las cuotas sociales, a la cual se hizo referencia en los puntos precedentes. De allí que si bien el reconviniente estimó a su favor el valor en menos de la mitad de lo que resultó probado, no lo es menos que tampoco hay lugar a la sanción mencionada, de una parte, porque no se trata de estimación excesiva del derecho reclamado sino de un valor menor del que se decide deber; y, de la otra, porque son razones jurídicas y contractuales, mas no exclusivamente probatorias, las motivaciones de la decisión. Por consiguiente, no habrá sanción por defecto en las estimaciones bajo juramento.

## **7. COSTAS Y GASTOS DEL PROCESO.**

El Código de Procedimiento Civil dispone que se condenará en costas a la parte vencida, que la condena respectiva debe hacerse en la sentencia y adicionalmente, que solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Dentro de este contexto legal, el Tribunal procederá a pronunciarse sobre las costas del proceso, con sujeción a las reglas de los artículos 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil, modificados por la Ley 794 de 2003.

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 392, ordinales 1º y 5º y 393, ordinal 3º del Código de Procedimiento Civil, habida consideración de las pretensiones de la demanda inicial y de reconvención que prosperan parcialmente, del importe de los beneficios procesales obtenidos por cada una de las partes involucradas en el litigio, al igual que el sentido general de la decisión contenida en el presente laudo, se condenará a la convocada a reembolsar el setenta y cinco por ciento (75%) de las costas en las que incurrió la Convocante y se señalará como agencias en derecho la suma de ciento ochenta y nueve millones de pesos (\$189.000.000), que incluye las que le corresponden en la parte favorable de la demanda de reconvención, que se tiene en cuenta en la liquidación que a renglón seguido se efectúa:

100 % gastos de presentación de la demanda	\$ 1.367.640
50 % de los honorarios de los árbitros	\$ 283.500.000
50 % del IVA sobre los honorarios de los árbitros	\$ 45.360.000

50 % de los honorarios del Secretario	\$ 47.250.000
50 % del IVA sobre los honorarios del Secretario	\$ 7.560.000
50% de los honorarios de la Cámara de Comercio de Bogotá	\$ 47.250.000
50 % del IVA sobre los honorarios de la Cámara de Comercio de Bogotá	\$ 7.560.000
50 % de la partida de gastos	\$ 500.000
50 % de los honorarios del perito	\$ 20.000.000
50 % del IVA sobre los honorarios del perito	\$ 3.200.000
50 % de gastos del perito	\$ 5.000.000
Agencias en derecho	\$ 189.000.000
<b>TOTAL COSTAS DE EDUARDO ALEJANDRO ORJUELA RODRÍGUEZ</b>	<b>\$ 657.547.640</b>

De conformidad con lo expuesto, la Convocada deberá rembolsar a EDUARDO ALEJANDRO ORJUELA RODRÍGUEZ el setenta y cinco por ciento (75%) de las costas en las que éste incurrió, esto es la suma de cuatrocientos noventa y tres millones ciento sesenta mil setecientos treinta pesos (\$ 493.160.730).

### **CAPÍTULO TERCERO**

#### **RESOLUCIÓN**

En razón de lo expuesto, este Tribunal, para resolver las diferencias entre Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez contra KPMG LTDA. y otros, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE:**

1. **Excepciones a la demanda inicial.** Disponer sobre las excepciones a la demanda inicial, lo siguiente:
  - 1.1. **Falta parcial de competencia.** Declarar probada parcialmente la excepción de falta de competencia para el conocimiento del presente proceso, relacionada con los demandados Juan Pablo Murcia Fajardo, Carlos

Alberto Bernal Botero, Vicente Javier Torres Vásquez, Myriam Stella Gutiérrez, Ignacio Cortés Castán y Camilo González Segura.

- 1.2. **Probadas.** Declarar probadas las excepciones de mérito de pago de obligaciones de la sociedad entre 2004 y 2013 y, en especial, la de pago de compensaciones no variables de 2012 como socio capitalista industrial por ciento cincuenta millones setecientos cincuenta y cinco mil pesos m/cte (\$150.755.000); la compensación como socio capitalista de 2013 por siete millones seiscientos cuarenta y ocho mil ciento setenta y nueve pesos m/cte (\$7.648.179); la de falta de causa legal para condena solidaria y la de falta de legitimación pasiva, parcialmente.
  - 1.3. **No probadas.** En tanto, se declaran no probadas las excepciones de mérito formuladas por el demandado, particularmente las de inexistencia de compensación por retiro, cumplimiento en la exclusión de socio y falta de causa legal para una condena solidaria.
  - 1.4. **Infundadas.** Declarar infundadas como excepciones de mérito y defensas, parcialmente, la de falta de competencia e incompetencia por no aceptación.
- 2. Declaraciones, condenas y absoluciones de las pretensiones de la demanda inicial.** Acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda inicial, tal como se expone a continuación:

- 2.1. **Declaraciones.** Sobre las declaraciones solicitadas se dispone lo siguiente:
  - A) Declaraciones acogidas.** Acceder a las pretensiones principales marcadas de 1 a 9 y la 11 en la forma como sigue, y en consecuencia hacer las siguientes declaraciones:
    - a) Que existió un Acuerdo Privado de Socios del 29 de mayo de 2003, con el Otrosí entre los socios de KPMG Internacional, que fuera suscrito por el demandante (peticiones 1 a 3).
    - b) Que la exclusión del demandante por parte de KPMG LTDA. fue contraria a la ley, los estatutos y el Acuerdo Privado de socios, con incumplimiento de éstos, sin pago de la compensación variable, con lo cual ha perjudicado a aquel patrimonial y extrapatrimonialmente

(peticiones 4 a 8).

- c) Que el demandante hizo un aporte de cuatrocientos millones de pesos (\$400.000.000) a la demandada KPMG LTDA. (petición 9)
- d) Que la sociedad demandada KPMG LTDA., está obligada a restituir a Eduardo Alejandro Orjuela el monto del plan de retiro de seiscientos ochenta y siete millones ochocientos mil doscientos sesenta pesos \$687.800.260 a su favor (petición 11).

**B) Declaraciones negadas.** Negar las pretensiones 10 principal y las subsidiarias primeras, segundas y terceras correspondientes (No.9), en el sentido de no declarar la existencia de obligación de restitución del aporte de cuatrocientos millones de pesos (\$400.000.000) (petición 13) por los motivos y la forma indicados en la parte motiva.

2.2. **Condenas por perjuicios patrimoniales.** Como consecuencia de lo anterior, se condena a la Sociedad KPMG LTDA. a pagar al demandante Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del presente Laudo, las siguientes sumas:

**A) Condenas por daño emergente y por mora.** Se hacen las siguientes condenas:

- a) **Plan de retiro.** Se condena a la demandada a pagar al demandante Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez la suma de seiscientos ochenta y siete millones ochocientos mil doscientos sesenta pesos (\$687.800.260), a título de daño emergente, como monto del plan de retiro, que deberá restituirse al demandante (petición No.11).
- b) **Indexación.** Así mismo se accede a la petición subsidiaria 12.6.2, de la pretensión subsidiaria del numeral II.3 de las pretensiones, en lo atinente a la indexación sobre la anterior suma, pero por el período indicado en la parte motiva. En consecuencia, se condena a KPMG LTDA. a pagar a Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez la suma de veinticuatro millones ciento cincuenta y un mil setecientos sesenta y cuatro pesos (\$24.151.764).

c) **Intereses moratorios.** Igualmente, se condena al pago de la suma



de trescientos cuarenta y cinco millones setenta y tres mil seiscientos sesenta y seis pesos (\$345.073.666), a título intereses comerciales moratorios legales causados desde el 12 de febrero de 2014 hasta la fecha del laudo, sobre el monto del saldo de seiscientos ochenta y siete millones ochocientos mil doscientos sesenta pesos (\$687.800.260) del plan de retiro (petición primera subsidiaria de la petición 12.3.2).

**B) Condenas y declaraciones por lucro cesante y pérdida de oportunidad.**

**a) Condena por lucro cesante.** Condenar a KPMG LTDA. a pagar a Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez la suma de doscientos sesenta y cuatro millones trescientos cincuenta y cuatro mil trescientos cuatro pesos (\$264.354.304), a título de la compensación variable que el demandante dejó de percibir en el año 2012, tal como se expresó en la parte motiva (petición No.12.2).

**b) Condena por pérdida de probabilidad de ganancia.** Así mismo, se condena a la sociedad KPMG LTDA. a pagar a Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez, la suma de novecientos cuarenta y cuatro millones quinientos sesenta y nueve mil trescientos sesenta y tres pesos (\$944.569.363) a título de pérdida de probabilidad de ganancia, entre el 15 de junio de 2012 hasta la fecha del Laudo, tal como se expuso en la parte motiva (petición II.6 Quintas subsidiarias).

**C) Negación de condenas.** Negar la petición de condena de lucro cesante por compensación básica (petición 12.1), la del daño emergente consolidado (petición 12.4), y sus intereses consolidados (petición 12.5), así como todas las demás peticiones principales y subsidiarias de condena contempladas en la demanda inicial.

**D) Extensión.** Así mismo, se declara que respecto de las sumas correspondientes a las anteriores condenas, se han pagado los impuestos (petición II-7).

**2.3. Condena por perjuicios extrapatrimoniales.** La suma de treinta

millones de pesos (\$30.000.000) que, según el arbitrio judicial, se fija a título de resarcimiento de daño moral demandado (petición 12.6), que indica la parte motiva.

**3. Absoluciones parciales.** Se absuelve a las personas naturales demandadas, respecto de quienes el Tribunal se declaró competente, de las pretensiones de la demanda inicial. Se absuelve igualmente a KPMG LTDA. de las peticiones 10, 12.1, 12.4 y 12.5 de las pretensiones principales, así como de las subsidiarias mencionadas.

**4. Hechos extintivos y excepciones de mérito de la pretensiones de la demanda de reconvención.**

4.1. **Cosa juzgada y pago.** Declarar no probada la cosa juzgada sobreviniente aducida por la misma demandante en sus alegaciones; y en cambio, dar por probado como hecho sobreviniente aducido por la reconviniente en sus alegaciones, tanto la valoración adoptada judicialmente por la Superintendencia de Sociedades, como el pago de todas las cuotas sociales que tenía Eduardo Alejandro Orjuela en la sociedad KPMG LTDA. de conformidad con lo expuesto en las consideraciones del presente Laudo.

4.2. **Excepciones no probadas.** Declarar no probadas las excepciones de mérito formuladas por el demandado reconvenido, sobre la mala fe comercial de KPMG LTDA., la no actuación contra sus propios actos, inexistencia de valor nominal o intrínseco de las cuotas, la inaplicabilidad del Art. 145 C.Co., la inaplicabilidad del Acuerdo Privado y sus reformas e inoponibilidad para el señor Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez de la decisión de exclusión y la readquisición de cuotas y abuso del Derecho por parte de KPMG LTDA y sus socios

4.3. **Excepciones infundadas.** Declarar infundadas las excepciones de mérito o defensas de falta de competencia y pleito pendiente alegadas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

**5. Declaraciones, condenas y absoluciones sobre las pretensiones de la demanda de reconvención.** Acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda de reconvención, así:

- 5.1. **Exclusión judicial.** Declarar a Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez judicialmente excluido como socio capitalista de la sociedad KPMG LTDA. el 31 de marzo de 2014 (petición 1ª.).
- 5.2. **Extinción obligacional.** Declarar, como consecuencia de lo reconocido en el punto 4.1, que la obligación legal de la sociedad KPMG LTDA. de pagar al socio excluido, señor Eduardo Alejandro Orjuela Rodríguez, el valor de las cuotas sociales, ya fue pagado con base en la valoración vinculante a que hace referencia la parte motiva.
6. **Absoluciones parciales.** Absolver al demandado en reconvención de las peticiones consecucional (segunda) y subsidiarias (tercera, cuarta y restantes) así como la petición consecucional final (octava).
7. **Costas.** Condenar a la parte demandada inicial a pagar a la demandante inicial, el 75% de las costas del proceso que ascienden a cuatrocientos noventa y tres millones ciento sesenta mil setecientos treinta pesos (\$493.160.730).
8. **Honorarios.** Disponer que se entregue a los árbitros y al secretario del Tribunal, el saldo de sus honorarios y que se rinda por el presidente la cuenta final de la partida destinada para gastos, ordenando la restitución de las sumas remanentes a que hubiere lugar.
9. **Archivo.** Disponer que en firme esta providencia, el expediente se entregue para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, (Art. 47 de la ley 1563 de 2012).

GUSTAVO CUBEROS GÓMEZ  
Presidente

CAMILA DE LA TORRE BLANCHE  
Árbitro

PEDRO LAFONT PIANETTA  
Árbitro

**FERNANDO PABÓN SANTANDER**  
Secretario